This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

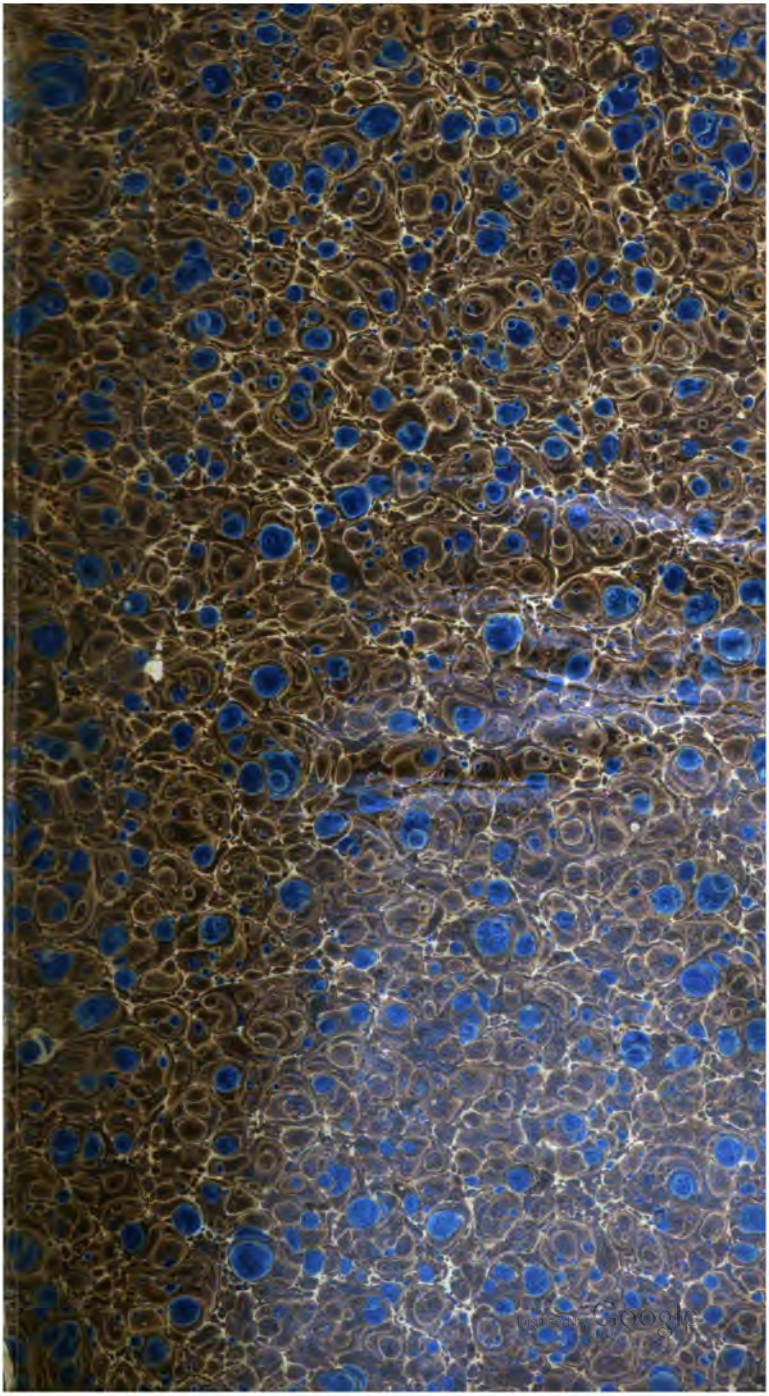
Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

3 2044 061 962 379

Digitized by Google

HARVARD LAW SCHOOL
LIBRARY

Digitized by Google



Digitized by Google

DERECHO POLÍTICO.

Digitized by Google

OBRAS DEL MISMO AUTOR.

	Pesetas.
Principios de Derecho político.—Introducción.....	7,50
El Parlamentarismo.—Tres conferencias.....	1,50
Programa de Elementos de Derecho político y administrativo español.....	2
Estudios sobre el Régimen parlamentario en España.....	0,50
La Lucha por el Derecho, de R. von Ihering, versión de A. Posada, con un prólogo de L. Alas (*Clarín*).....	2
La Enseñanza del Derecho en las Universidades, estado actual de la misma en España y proyectos de reformas.....	2
Teorías modernas acerca del origen de la familia, de la sociedad y del Estado.....	2
Ideas pedagógicas modernas, Prólogo de *Clarín*..... 3 y	3,50
La quinta esencia del socialismo, por Schäffle, versión española y notas de A. Buylla y A. Posada.....	2
Principios de Política, de Holtzendorff.—Versión española y Estudio preliminar de A. Buylla y A. Posada.....	8
El amor y el sexo, cartas sobre la educación de la mujer, por A. Posada y U. G. Serrano.....	0,50
DERECHO ADMINISTRATIVO.—I. *Introducción al derecho administrativo y organización administrativa española*, por A. Posada.—*La Administración y la organización administrativa (Inglaterra, Francia, Alemania y Austria)*, por J. Meyer. 1 vol.....	5
— II. *La Administración política y la Administración social.* 1 vol.....	5
Teoría de la posesión.—El fundamento de la protección posesoria, obra escrita en alemán por Ihering. Versión española, con el retrato del autor, aumentada con notas críticas y estudio preliminar por A. Posada.....	4
La Criminalidad comparada, por Tarde, traducción, prólogo y notas de A. Posada.....	4
Las Transformaciones del Derecho, por Tarde, traducción, notas y prológo de A. Posada.....	6
TRATADO DE DERECHO POLÍTICO.—T. I. *Teoría del Estado.*	5

EN PRENSA.

Guía teórico práctico para el estudio y aplicación del Derecho constitucional de Europa y América.

Tratado de las pruebas, de Ricci (en colaboración con D. A. Buylla).

EN PREPARACIÓN.

Pedagogos de Acción (Lavisse, Marion, Tolstoï, Letelier, Berra, Mechado, Giner de los Ríos, etc.)

La Escuela de Yasnaïa Poliana, por el Conde L. Tolstoï, traducción y prólogo de A. Posada.

Digitized by Google

TRATADO

DE

DERECHO POLÍTICO

POR

ADOLFO POSADA

Profesor en la Universidad de Oviedo.

TOMO SEGUNDO

DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO

DE LOS PRINCIPALES ESTADOS DE EUROPA Y AMÉRICA.

MADRID

LIBRERÍA DE VICTORIANO SUÁREZ

Preciados, 48

1894

Digitized by Google

Es propiedad de su autor.

MADRID.—«Sucesores de Rivadeneyra», Paseo de San Vicente, núm. 20.

Digitized by Google

PRELIMINAR.

El plan, con arreglo al cual pensé en un principio escribir este tomo II del TRATADO DE DERECHO POLÍTICO, ha sufrido algunas variantes. En virtud de ellas, las proporciones de este volumen son muy distintas de aquellas que yo había calculado. Mi propósito primitivo era abarcar en él el estudio del *derecho constitucional comparado*, y á guisa de *Apéndice*, la GUÍA á que en el *Preliminar* del primer tomo me refiero. Todo ello pensaba yo que podía comprenderse en un volumen de poco más de quinientas páginas. Pero al realizar la tarea, esto no me fué posible, á no prescindir de examinar muchos problemas de capital importancia en el *derecho constitucional*.

También abrigaba el propósito de poner al frente de este tomo II, á manera de prólogo, un estudio en el cual procuraría hacerme cargo de los trabajos que el Sr. Orlando ilustre profesor de la Universidad de Palermo, en el *Archivio di Diritto Pubblico* (1); el Sr. Dorado, profesor en la Universidad de Salamanca, en la *Revista de Legislación y Jurisprudencia* (2), y el Sr. Vida, profesor en la Universidad de

(1) Número correspondiente á Mayo y Junio de 1893.
(2) Número de Mayo y Junio de 1893.

670575

Granada, en carta particular interesantísima, dedicaron á la TEORÍA DEL ESTADO, así como de las indicaciones benévolas en extremo de Mr. Rolin y de Mr. Rouxel, hechas respectivamente, desde la *Revue de Droit International* y desde el *Journal des Economistes;* pero renuncié á ello, por las mismas razones que me han impedido comprender en este volumen la GUÍA, ya que la importancia de los escritores á que aludo exigía de mi parte un estudio detenido y serio. No desisto, sin embargo, de contestar á mis benévolos críticos, ya sea en una *Revista* española, ya en el volumen que he de formar con la GUÍA *para el estudio y aplicación del derecho constitucional* que estoy preparando.

Unas palabras antes de terminar, acerca del propósito que persigo con la redacción de la GUÍA. El tomo II, que hoy ve la luz pública, limítase necesariamente al estudio del *Derecho constitucional* en *algunos* Estados. No podía ser de otra suerte, dadas las proporciones del libro, y la índole de las cuestiones que trata. Pero, si el TRATADO DE DERECHO POLÍTICO ha de estar completo, es preciso que en él se ofrezcan los materiales, tanto para ahondar más y más en el estudio de los problemas teóricos que el derecho constitucional abarca, cuanto para comprobar las afirmaciones hechas en el texto, y además ampliar el horizonte de la investigación y poder en definitiva hacer las comparaciones que en este volumen se limitan á cinco Estados, con relación al mayor número de Estados posible.

Á este triple fin responde la GUÍA, la cual, para cumplirlo, comprenderá: 1.º, el texto en castellano de los documentos constitucionales de Inglaterra, de las leyes constitucionales de Francia y Constituciones de los Estados Unidos y Alemania, y el de la Constitución española

Digitized by Google

de 1876; 2.°, indicación de las Constituciones vigentes en los Estados modernos; 3.°, indicaciones del articulado en que se resuelven por estas Constituciones las diferentes cuestiones del derecho constitucional; 4.°, *Guía especial bibliográfica* del derecho constitucional. Se procurará en ella ordenarlo todo de modo que sea fácil, mediante rápida consulta á la GUÍA, bien tener una idea de los elementos necesarios para verificar el estudio de cualquier cuestión del derecho político moderno, bien los medios para darse cuenta de las soluciones aceptadas por los diferentes derechos positivos.

No sé si habré cumplido, tal como yo quisiera, el propósito que me ha movido á escribir la GUÍA; si por furtuna lo hubiera realizado, confío en que no será inútil por completo el largo y complejísimo trabajo que su preparación y redacción me ha costado y aun me cuesta.

A. POSADA.

Oviedo, 7 de Noviembre de 1893.

Digitized by Google

Digitized by Google

SEGUNDA PARTE.

DERECHO CONSTITUCIONAL

COMPARADO.

Digitized by Google

Digitized by Google

LIBRO PRIMERO.

EL DERECHO CONSTITUCIONAL.

Digitized by Google

Digitized by Google

EL DERECHO CONSTITUCIONAL.

CAPÍTULO PRIMERO.

IDEA GENERAL DE LAS CONSTITUCIONES POLÍTICAS EN LOS ESTADOS MODERNOS.

1. La expresión más exterior y material de la idea del Estado en los tiempos actuales, la encontramos en las *Constituciones*. La existencia de éstas es un fenómeno interesante, entre otras razones, por el carácter de universalidad con que aparecen en la historia. Es preciso considerar las formas primitivas de las sociedades patriarcales, ó los grandes imperios de Oriente, ó quizá, y para la Europa sólo, la institución del feudalismo, para ver algo que, en lo de la universalidad, se asemeje á la existencia del sistema constitucional en el siglo presente. Parece como que no se concibe otro modo de organizar políticamente los pueblos, sino mediante un documento solemne, de carácter monumental, en el que de una manera á veces casuística y nimia, esté previsto y regulado todo cuanto á la vida del Estado en sus funciones esenciales se refiere. Así como en los siglos medios en las sociedades que se formaron en los

Digitized by Google

territorios disgregados del Imperio romano, no había manera de separar y distinguir las ideas de propiedad territorial de las de jurisdicción y soberanía, hoy no concebimos buenamente al Estado sin la existencia de una *Constitución*. En ella se ve todavía hoy la garantía, no sólo de la existencia del Estado mismo, sino también de los individuos que viven en él, y parece en ocasiones que únicamente puede alcanzarse la tranquilidad moral de los pueblos escribiendo, en esos grandes Códigos, algo en que se declare de un modo ú otro aquello que constituye su aspiración por el momento. Difiere muchísimo, como veremos, la manera de entenderse en cada pueblo la constitución política; porque siendo ésta al cabo una forma determinada del Derecho (de ahí el *Derecho constitucional*), se ejercen sobre su producción y desenvolvimiento histórico todas las influencias naturales y sociales que se ejercen en general sobre el Derecho; pero aparte de esto, aparece como indudable la universalidad indicada. De todas las naciones civilizadas, ó que al menos juegan un papel en el círculo convencional de la civilización moderna, sólo Rusia está regida por instituciones que no pueden denominarse constitucionales. Y aun en el territorio sobre el cual se extiende el poderío personal del Emperador, hay una parte muy importante de él, como la que constituye el Gran Ducado de Finlandia, que se rige por instituciones muy semejantes á las de una monarquía propiamente constitucional (1).

Un fenómeno tan universal en un orden tan interesante

(1) *Précis du droit public du Grand-Duché de Finlande*, por L. Michelin, 1886.

Digitized by Google

como es el de la gobernación de los pueblos, bien merece el estudio y atención que siempre se le ha dispensado. Por de pronto, ha dado origen su existencia continuada á la formación del *Derecho constitucional*, es decir, de una rama ó forma histórica del derecho político. Además, atraída con insistencia la atención de las gentes estudiosas de todos los países, se escribieron y escriben incesantemente infinidad de libros y folletos sobre las Constituciones, y ya hoy existe una literatura numerosa y de gran mérito en no pequeña parte: llegando por fin el interés despertado por la investigación de ese fenómeno á un punto tal, que en muchos países, especialmente en Francia é Italia, el Derecho constitucional forma parte de los planes de estudio universitarios de la Facultad correspondiente, y en otros, como en España, la costumbre (hoy ya muy cuerdamente interrumpida) hizo que, bajo el nombre de Derecho político, no se estudiara otra cosa que el Derecho constitucional.

2. Examinando con algún cuidado las Constituciones políticas, se presentan varias cuestiones, acerca de las cuales es preciso decir algo.

En primer lugar, aun siendo un fenómeno tan general la existencia de las Constituciones para el gobierno de los Estados, es tarea un tanto difícil precisar lo que por Constitución debe entenderse. Merced á la diferente manera como el sistema llamado constitucional se ha implantado en cada pueblo, y á la influencia de la historia particular de cada uno en la realización efectiva de esa nueva forma del derecho político, no existe idéntico criterio para determinar aquel concepto, no ya entre los publicistas, sino entre los legisladores mismos. Por de pronto, salta á la vista que el sentido moderno de la palabra *Constitución* aplicada

Digitized by Google

en política, supone una cierta restricción de su concepto general y amplio. Ya Aristóteles la definía diciendo que «es aquel principio según el cual están ordenadas las autoridades públicas, especialmente aquella que es superior á todas: la soberana. La Constitución, añade, designa la ordenación de la autoridad en el Estado, define la división de los poderes políticos, determina en quién reside la soberanía, y, por último, fija el fin de la sociedad civil» (1). Y atendiendo en primer lugar á la época antiquísima en que Aristóteles escribía, y al contenido mismo de la definición, bien puede comprenderse que hoy debe tener el concepto de Constitución alguna cualidad especial, por virtud de lo que no es aplicable, tal como hoy se entiende, á Gobiernos y Estados diferentes de los contemporáneos.

En realidad, tomada la palabra Constitución en su sentido amplio, y por otra parte muy adecuado, es aplicable á todo Estado y Gobierno. Porque, al fin, este concepto se refiere en el Estado á lo mismo á que se refiere en los cuerpos físicos. Así lo hace notar, con propósito muy semejante al presente, el profesor italiano Luis Palma. Investigando este autor el concepto de constitución, dice: «..... para los físicos, la constitución es un conjunto de condiciones y de leyes que originan el orden y regulan la acción y la vida de un organismo. En lo político, se ha dado el nombre de Constitución al conjunto de leyes y de usos que hacen de una sociedad humana un cuerpo político, con voluntad y acción propias para conservarse y para vivir.....» (2). En tal sentido, no puede concebirse Estado

(1) *Política*, lib. VI, cap. II.
(2) *Corso de diritto costituzionale*, vol. I, pág. 47.

Digitized by Google

que no sea *constitucional*. Los imperios despóticos, las autocracias más exageradas, como las democracias, en cuanto no degeneran en anárquicas, tienen á su modo una Constitución: porque habiendo de vivir, y no en el vacío, sino en la realidad y en medio del mundo moral y físico, requieren una organización adecuada, por virtud de la cual aparecen como verdaderos seres; en cierto modo, como verdaderas individualidades. Precisamente, es tarea muy importante de la moderna sociología la que consiste en determinar la naturaleza de las sociedades como organismos constituídos bajo el imperio de leyes análogas á las que rigen la evolución de los seres en sus procesos biológicos especiales (1).

3. Pero, como indico, no puede tomarse la palabra Constitución en un sentido tan amplio al tratar del *constitucionalismo* moderno. Sin dar un valor absoluto á los conceptos emitidos por algunos autores, su enunciación puede indicar algo de la limitación á que necesariamente hay que referirse. Romagnosi, por ejemplo, dice que la Constitución no es otra cosa que «una ley que un pueblo impone á sus gobernantes con el objeto de protegerse contra el despotismo» (2). Ahora bien; aunque no se pueda aceptar tal concepto como exacto para fijar la naturaleza particular de las Constituciones modernas, no puede menos de notarse que al fin esa es una de las acepciones más ó menos falsas de la Constitución en la actualidad, y que, por otra parte, indica el espíritu á que el sistema constitu-

(1) A esta tendencia responde en gran parte *La Teoría del Estado* que queda expuesta en el primer volumen de esta obra.

(2) *Scienza delle Costituzioni*, vol. II, pár. 1.°

Digitized by Google

cional responde, como resultado de la revolución contra el antiguo régimen en diferentes países. Sin ser tampoco completamente exacto, aun da más luz para el objeto lo que Stein dice. Según este autor, la Constitución del Estado es el organismo de la personalidad del Estado, es decir, del soberano y de la función legislativa y ejecutiva (1). Aparte de la manera discutible de distinguir las funciones políticas en la enunciación taxativa de cada una de ellas, puede encontrarse un dato de interés para mostrar la significación actual de la palabra Constitución como documento de carácter jurídico, en el cual se encuentra específicamente determinado el organismo político ó del Estado. Más explícitos aún están ya Rossi, Palma, Orlando, Mosca, Jona y otros, verdaderos tratadistas del moderno Derecho constitucional. Y se comprende, porque al fin todos toman como punto de partida el hecho general de la existencia efectiva de las Constituciones, llegando acaso por esto mismo algunos á limitar demasiado sus conceptos, desconociendo no pocos el elemento fundamental del Estado, y entreteniéndose ante todo en el estudio de la parte mecánica y formal, abstracta y sin base política real de ningún género, de las fecundas producciones constitucionales.

4. Examinando ahora las diferentes formas de Constituciones, para inducir de su variedad misma el concepto más aproximado y la significación más propia de ellas en el mundo moderno, pueden notarse muy diferentes acepciones, hijas sin duda de las circunstancias á que singularmente responden.

Unas veces, la Constitución viene á ser como un pacto

(1) *Handbuch der Verwaltungslehre*, vol. I, pág. 14.

Digitized by Google

entre los reyes y los pueblos, en el cual se escriben, ya las condiciones *de paz* entre una revolución y una restauración, ya las de mutuo respeto entre instituciones tradicionales y aspiraciones reformistas. La Constitución napoleónica, dada en 1808 para regir la monarquía española del intruso José I, declara terminantemente que la Constitución debe ser guardada como «base del pacto que une á nuestros pueblos con Nos, y á Nos con nuestros pueblos». La Carta constitucional modificada por las Cámaras de Francia en 1830, y por virtud de la cual fué llamada al trono la casa de los Orleans, respondía á la misma idea de un pacto entre el pueblo y el rey, buscando en él una garantía más firme á las libertades y derechos conquistados por el espíritu revolucionario. Otras veces, la Constitución aparece como una Carta otorgada graciosamente por el monarca á sus súbditos, como, por ejemplo, ocurre con la Carta constitucional de Luis XVIII, al hacerse cargo del trono restaurado de Francia en 1814, y con nuestro Estatuto Real de 1834. Otras, tiene la Constitución todo el aspecto de una verdadera imposición del pueblo al rey; en tal concepto, podríamos citar la Constitución de 1812, en las diferentes ocasiones en que hubieron de aceptarla Fernando VII y María Cristina. Otras, la Constitución es un verdadero Estatuto fundamental, redactado ó inspirado por la acción incontrastable de las Asambleas representativas; á semejante idea respondía la citada constitución de 1812 en el momento de su promulgación, y la de 1869 en España, como también las leyes constitucionales vigentes hoy en Francia. Y otras, en fin, la Constitución se origina en necesidades políticas de orden muy especial, y viene á ser un verdadero pacto ó contrato, por virtud del cual

Digitized by Google

adquieren forma adecuada y nacen á la vida social Estados independientes. Las Constituciones entonces toman un carácter federal, y vienen á ser la ley reguladora de las relaciones interiores de los diferentes cuerpos sociales confederados. Las Constituciones de Alemania y Suiza y la de los Estados Unidos son los ejemplares más típicos de semejante forma.

Claro está que la diferencia entre las diversas Constituciones modernas no consiste tan sólo en las que acabamos de indicar. Analizando los textos de las más importantes, veremos otras muchas, sobre todo en la contextura especial de su mecanismo legislativo. Pero no hace al caso por el momento semejante especie de diversidad.

Lo que ahora importa es indagar el carácter general dominante en las diferentes Constituciones modernas. Por él vendremos á conocer la verdadera acepción y concepto de la Constitución, y por ende á preparar el del Derecho constitucional.

5. Si atendemos á lo que hay en el fondo de todas las Constituciones redactadas ó escritas, no será aventurado afirmar que siempre suponen un mismo *objeto* y responden siempre á una misma *necesidad* (1). Más ó menos claro esto, según las circunstancias en que el pueblo se encuentra en el momento mismo en que la Constitución se elabora. El *objeto* es la garantía de la vida individual y social ante

(1) Este capítulo, en forma de artículo independiente, publicóse en el *Boletín de la Institución Libre de Enseñanza* (Madrid) del 31 de Diciembre de 1888. La doctrina que en él sustento la veo en parte confirmada, con argumentos muy interesantes, que aprovecho en varios lugares de esta obra, en el reciente libro de Bourgeaud, *Etablissement et Révision des Constitutions*. (1893.)

Digitized by Google

el poder político; y la *necesidad*, la de ordenar de alguna manera las funciones del Estado.

Pero se me dirá: ¿es que ese objeto no se lo proponían las sociedades y los pueblos en las épocas anteriores á la actual? ¿No sentían por ventura los pueblos antiguos y los de los siglos medios y modernos esa necesidad del orden político en la vida social? ¿Quién puede negarlo? Pero no se trata de eso. Así como todo Estado, decíamos, es constitucional, y en tal sentido lo han sido cuantos con carácter de regularidad hubo en la historia, y, sin embargo, la palabra constitucional se aplica en la técnica política hoy corriente á la generalidad de los Estados contemporáneos, así no implica lo que afirmo el desconocimiento de la necesidad de un orden político en cuantas sociedades humanas registra la historia (1).

Lo que se quiere manifestar es que las Constituciones actuales son como la expresión característica que en los modernos tiempos toma el Estado, por virtud de un reconocimiento más solemne que nunca de la necesidad de ordenar el poder político, y á causa de la existencia definida de un propósito firme de garantir *jurídicamente* la vida individual y colectiva contra los posibles abusos de los magistrados mismos que ejercen las funciones públicas de Gobierno. Penetrándose del espíritu del fenómeno constitucional, ¿quién puede poner en duda que responde á las dos razones expuestas? Acaso no hay una, entre las primeras Constituciones de cada pueblo, en que de un modo más ó menos claro no pueda comprobarse por su contexto mismo

(1) Véase en *La Teoría del Estado* el lib. III, que trata del *Origen del Estado*.

Digitized by Google

lo que dejo dicho. Basta tener en cuenta las dos partes que en casi todos los códigos políticos pueden distinguirse. Una suele contener declaraciones de carácter *dogmático* (1). Las célebres *declaraciones de derechos* de las Constituciones norteamericanas y de la de 1791 de Francia, como los títulos primeros de muchas de nuestras Constituciones, en los cuales se exponen los *derechos individuales* reconocidos á los españoles y á los extranjeros, tienen un corte dogmático perfectamente claro. La otra se refiere á la *organización* de las funciones del Estado, á la ordenación de sus magistraturas más eminentes. Esta parte es en verdad la más constante en las Constituciones políticas. Ahora bien; relacionándola, como no puede menos, con la de carácter dogmático, se evidenciará la tendencia á que en el fondo responde el sistema constitucional, á vuelta de mil reacciones y de densas obscuridades. Esta tendencia no es otra que la que con diferente sentido se revela dominando en la ciencia política contemporánea, y la que con mejor ó peor fortuna procuran afirmar los partidarios sinceros de las instituciones representativas, ya sean éstas parlamentarias, como en Francia, Italia, España, y especialmente en Inglaterra, ya meramente *constitucionales*, como en Alemania, ya, en fin, *no parlamentarias* ó *presidenciales* (?) como en los Estados Unidos norteamericanos. La tendencia á que nos referimos es la *jurídica*, es decir, la que, reconociendo la necesidad de la existencia del Estado como elemento de orden y organización social, le asigna como

(1) La distinción que se señala entre la parte *dogmática* y la parte *orgánica* de las Constituciones, la he tomado del libro del Sr. Giner, *Derecho natural*. El Sr. Giner parece habérselo oído al Sr. Figuerola, cuando explicaba su cátedra de *Derecho político comparado*.

Digitized by Google

fin esencial el Derecho. Y no sólo esto: no sólo reconoce que el Estado tiene como función esencial el legislar y ejecutar lo legislado mediante las magistraturas, sino que el Estado mismo, perdiendo el carácter personal y hasta patrimonial, propio de la Monarquía absoluta ó de los Principados y Repúblicas tocadas del espíritu feudal, debe ser regulado y ordenado jurídicamente.

¿Qué significa la parte *dogmática* de las Constituciones modernas? No otra cosa que un *límite* á la acción del poder público, límite que surge en la política por la influencia de las ideas de la escuela del Derecho natural. Podrá discutirse el motivo de la declaración de derechos en la Constitución federal norteamericana; pero lo que no puede negarse es que esa Declaración entraña una porción de cosas en las que no *puede* intervenir el *poder* federal, importando poco que esto se haga directamente, para garantir la autonomía de los Estados que se unen, ó mirando á la misma personalidad individual (1). Respecto de la Declaración de derechos francesa, lo dicho no tiene duda. La tradición filosófica de Francia, el espíritu de oposición abierta al poder personal y absoluto del monarca y la influencia ejercida á través del tiempo para encerrar el poder del Estado en ciertos límites, prueban suficientemente lo que antes afirmo. Atiéndase además al fundamento buscado para imponer al poder tales restricciones. No son razones las que se invocan de orden superficial y caprichoso. Nacen, por el contrario, del reconocimiento de la persona individual como algo que

(1) Véase á este propósito, especialmente Boutmy, *Études de Droit constitutionnel*, y P. Janet, *Histoire des sciences politiques*, Introduction. Luego habrá que volver sobre estos puntos.

Digitized by Google

vive en el mundo moral y físico por sí mismo, con fines esenciales, con dignidad propia, con derecho, en una palabra, á la *absoluta independencia* en cierta esfera privatísima: la esfera inviolable de su libertad. Se declaran tales ó cuales derechos del hombre y del ciudadano, y la declación se hace casi siempre en forma negativa, con manifiesta desconfianza del poder. Cada una de las declaraciones supone *algo* que el funcionario público no deberá hacer, *algo* que se le obliga á respetar, porque es justo que así suceda; y se afirma todo eso con verdadera solemnidad, porque la tradición es contraria á tales respetos, y además, porque, hijas las grandes revoluciones precursoras del sistema constitucional, de la filosofía abstracta y del espíritu reformista aplicado á todo, tienen un cierto carácter educativo. En ellas, más que legislar (porque legislar no consiste sólo en discutir y votar en el Parlamento para promulgar luego lo votado en los lugares oportunos), se *insinúa* para el porvenir, se *inicia* un movimiento, que luego, tomando cuerpo y fuerza y extendiéndose más y más, se introduce al fin por el espíritu ilustrado y reflexivo en las costumbres sociales. Por esto esas mismas declaraciones de derechos, hechas así, van perdiendo su importancia, según se verifica el progreso del sistema constitucional. ¿Quién se ocupa de hacerlas en Inglaterra? ¿Para qué habían de hacerse en las últimas leyes constitucionales de Francia? No es que el poder no abuse en estos países; no es que los fines de la personalidad individual no puedan correr peligro en ellos; pero las circunstancias naturales de estas sociedades han variado tanto, que no hace falta poner como *fundamento* expreso de la vida constitucional tales disposiciones jurídicas, que, después de

Digitized by Google

todo, *nada tienen que ver directamente con la Constitución organizadora del Estado.* Podrán tener (y lo han tenido de hecho) un valor grandísimo como manifestación de la opinión jurídica reinante, á la cual debe responder en sus procedimientos el poder *constituído*, y en ese sentido nos fijamos y fijaremos en tales declaraciones para penetrar el concepto histórico de las Constituciones modernas; pero aunque en éstas figuren, por lo menos será discutible el que deban considerarse todas como disposiciones constitucionales, en su sentido estricto y propio.

Por lo dicho se comprenderá que las Constituciones, al menos atendiendo á la parte dogmática que suelen contener (con más ó menos lógica racional, con gran *oportunismo* sin duda), responden á la tendencia jurídica indicada. Como que al fin surgen en la historia de todos los pueblos (incluso en la misma Inglaterra) como consecuencia del espíritu de oposición de la sociedad en general y de los individuos, contra la *cristalización* del poder público y contra el desconocimiento práctico del derecho de la persona humana; derecho éste irreflexivamente formulado en la historia de Inglaterra en sus dos revoluciones, y en el siglo actual sobre todo, y más reflexivamente definido por la filosofía dominante en Francia en la época próxima á su gran Revolución.

6. Si esta parte *dogmática* tiene suma importancia para comprender la naturaleza de las *Constituciones* modernas, no la tiene menor la parte referente á la organización del Estado.

En este punto, conviene distinguir entre Constituciones y Constituciones. No en cuanto á los detalles dispositivos del articulado, sino en cuanto á la *forma* general que las

Digitized by Google

mismas han revestido y revisten en los diversos países regidos por el sistema constitucional. Porque se ofrece al instante una duda: ¿debe considerarse como *Constitución*, tan sólo el documento legal escrito, de cuyo contexto se puede inferir el propósito del legislador referente á la organización del Estado? Es decir, en términos más escuetos: ¿sólo será *constitucional* en los tiempos modernos el Estado que tenga solemnemente prefijados en un Código ó en leyes, la organización de las funciones y los procedimientos para la designación de las magistraturas eminentes que han de ejercerlas? Y tiene importancia resolver este problema, porque, una de dos: si se responde afirmativamente, habría que excluir de entre los Estados constitucionales á Inglaterra (¡¡); y de responder en otro sentido, quizá podría verse, por quien sólo atendiese al formalismo superficial de las Constituciones actuales, que no hay razón para clasificar á Inglaterra como país constitucional y no á los demás países, aun bajo los diferentes Gobiernos del antiguo régimen; siendo, por lo menos, ó caprichosa ó impropia la denominación de constitucional, tomada en la acepción corriente en la actualidad.

No debemos, sin embargo, dejarnos llevar por meras apariencias. Siendo un signo característico de la política de las grandes naciones de Europa el afán de hacer Constituciones y el de escribir cada ideal político en Códigos, solemnemente discutidos y promulgados con más solemnidad todavía (para no cumplirlos con toda solemnidad también á veces), no está la nota específica del Derecho constitucional en eso.

¿Cómo, por otra parte, habíamos de prescindir, al hablar de esa importante forma, del derecho político de Inglaterra?

Digitized by Google

¿Habríamos de considerar como razón suficiente para tal pretensión, el que el país de las instituciones representativas no las haya escrito y ordenado en un documento único, «concebido de una vez y en un momento, promulgado en un día dado, y en el cual se contengan, en serie de títulos, perfectamente encadenados, todos los atributos del poder y las garantías todas de la libertad?» (1). De ser esto así, ya podíamos inaugurar la singular tarea de borrar los títulos de infinidad de obras magníficas, porque no sería justo hablar de la «Constitución inglesa»; y además, tendríamos que variar en absoluto el significado histórico y el alcance natural de unos fenómenos políticos más interesantes y dignos de estudio de nuestro siglo. Pero no hace falta extremar las cosas, pues sin gran esfuerzo se comprenderá que no nos encontramos, ni remotamente, en semejante caso.

El sistema constitucional, atendiendo á la parte orgánica de las Constituciones (incluso la inglesa), responde indudablemente á la tendencia ya antes indicada (2). Lo que hay es que lo característico de nuestro sistema político radica en algo más profundo y permanente que en la mera formalidad exterior de los variados y variables Códigos de la mayoría de las naciones europeas. Semejante forma solemne de implantación del sistema constitucional responde á necesidades perfectamente explicables por la índole de cada pueblo. En general, no significa más que una manera de producirse el derecho en las sociedades humanas. Sabido es

(1) Véase Boutmy. Obra citada, pág. 5.

(2) Véase en el libro de Bourgeaud, ya citado, el interesantísimo capítulo VI del I titulado, *La Constitution écrite*, páginas 44 á 54.

Digitized by Google

que el derecho se manifiesta, ya bajo la forma de ley escrita y solemnemente promulgada y aceptada, ó ya, por el contrario, se produce paulatinamente en la conciencia nacional, sin alcanzar las formalidades exteriores de la ley (1). Pues bien; las Constituciones (cuya característica está en ser Derecho para el Estado), ó se producen de un modo lento y pausado, tomando formas singulares y exteriormente desordenadas por virtud del movimiento espontáneo de las cosas, apareciendo bajo la forma de usos y costumbres, y aun de ley, pero ley aplicable y especial para un caso dado, ó ya se manifiestan por virtud de una decisión solemne de una Asamblea legislativa, revistiendo los caracteres todos del derecho legal y codificado. Y he ahí explicado por qué, á pesar de todos los distingos y de las diferencias más radicales, puede ser contenido bajo una idéntica expresión el derecho político contemporáneo de Inglaterra y el de los demás países, como Francia, España, Bélgica, etc., etc. Es indudable que no se concibe en los diversos pueblos constitucionales, de una manera igual, el ideal de una Constitución perfecta, ni se define con las mismas palabras la soberanía, el poder, el derecho, existiendo, por virtud de todo, variedad absoluta en lo referente al concepto del Estado y al de su desenvolvimiento y relaciones en la vida social; pero esto, que puede tener una importancia suma para fijar las diferentes tendencias y formas de la política constitucional moderna, nada tiene que ver por el momento.

La Constitución inglesa (2), obra secular, producida en la

---

(1) Véase más adelante caps. IV y V sobre la *Formación jurídica de las Constituciones.*

(2) Véase luego lib. II cap. III.

Digitized by Google

historia mediante procedimientos de elaboración lenta y continuada, que como resultado del esfuerzo común de todos, presenta á la admiración del mundo un gran pueblo; Constitución cuya contextura es tan difícil, que no es posible formularla concreta y específicamente, porque desde luego se ve que no es como la generalidad de los Códigos políticos, una obra de arte y de raciocinio, tiene de común con éstos lo que constituye, en mi concepto, la alta significación de las Constituciones contemporáneas, y por razón de la que la palabra Constitución tiene, según dejo indicado al comienzo de este estudio, una acepción limitada y propia.

7. Salvando las diferencias, á que repetidas veces aludimos, hijas de la historia, del carácter y de la situación geográfica de cada pueblo, el sistema constitucional supone: el *gobierno jurídico de las sociedades*, la *concepción práctica del Estado representativo*, la *negación*, más ó menos absoluta, *de todo poder personal;* en fin, *los principios* (mejor ó peor entendido en la práctica política) que, después de todo, informan *el ideal de las sociedades modernas.*

Ya se ha dicho algo á este propósito, al hacer las indicaciones anteriores, respecto de la significación de las declaraciones dogmáticas contenidas en la mayoría de los Códigos constitucionales. Ahora se debe insistir, para mostrar esto de un modo más evidente, en la *parte orgánica* de las Constituciones, ó mejor y más claro, en la *organización política* misma, según se produce en nuestro tiempo, merced á la influencia del *ideal constitucional.* Claro está que no puede concebirse un Estado sin organización adecuada. Sean los que se quiera la época ó el pueblo de que se trate, el Estado es siempre una institución más ó menos definida,

Digitized by Google

peor ó mejor delineada, de la sociedad, pero al cabo una institución que responde á *algo*. Y atendiendo á la constante y no interrumpida existencia del Estado en el tiempo, no puede menos de afirmarse que ese *algo* á que responde debe ser *esencial* á la vida humana. Además, ese algo no está *quieto é inmóvil;* aparece siempre, por el contrario, como necesidad cuya satisfacción exige actividad en la sociedad misma. Por eso los Estados no tienen sólo una naturaleza estática (á pesar del nombre), sino también dinámica. Los vemos siempre en actividad, con vida. Y tal actividad, por el carácter de permanencia que reviste, y por la normalidad con que se manifiesta, es una actividad funcional. El Estado es, dado esto, según se vió en otro lugar (1), una función social. Y como toda función, no se agita en el vacío, ni por el vacío, sin que requiera órgano, es decir, *instrumento* adecuado *mediante* el que la función se pueda realizar y se realice. De ahí, decíamos, que no puede concebirse un Estado sin organización adecuada. Pero, de la misma manera que los organismos fisiológicos no se constituyen de una vez, sino que obedecen en su desarrollo á leyes biológicas de evolución, hoy ya muy conocidas (aunque todavía no lo suficiente), la sociedad, organismo de individuos y de ideas (2), no reviste desde el primer instante, ni en todos los momentos, una forma igual; no alcanza, por tanto, idéntica organización. El Estado, como no podía menos, sigue en la historia de su vida la suerte

(1) *Teoría del Estado.*

(2) Véase Spencer, *Principios de Sociología;* Schäffle, *Estructura y vida del cuerpo social;* Espinas, *Des sociétés animales;* Greeff, *Introduction à la Sociologie*, etc., etc., y demás obras á que se hace referencia en la *Teoría del Estado.*

Digitized by Google

de las sociedades á las que sirve de órgano, por ser su objeto algo esencial al cuerpo social, y por constituir la actividad del mismo una de las funciones sociales precisas. No es lugar oportuno éste ya para exponer el total desenvolvimiento de las sociedades, tal como de las inducciones de la moderna sociología se concibe. Bástenos sentar que, dada la naturaleza del Estado, puede afirmarse que es un órgano, y que siempre ha revestido una forma adecuada al momento y lugar dados.

Ahora bien; las Constituciones, entre otras cosas, suponen un criterio especial para determinar la índole y carácter de la organización del Estado. En mi concepto, suponen la aplicación consciente y resuelta del criterio jurídico á lo fundamental y á los detalles de semejante organización. Importa poco el proceso histórico por que los diferentes pueblos han pasado. Lo cierto es que, merced á la influencia decisiva de la filosofía revolucionaria, al estudio *reflexivo* de las instituciones inglesas, al despertar súbito de la conciencia popular en las guerras napoleónicas, es decir, al despertar de las nacionalidades, y si se quiere también, á la mayor rapidez de comunicaciones entre los pueblos y al sinnúmero de adelantos de orden material é intelectual que han determinado una cohesión más firme entre los miembros de cada sociedad, y una mayor claridad en el reconocimiento de la naturaleza humana, merced á todo eso, la concepción del Estado ha sufrido una *revolución* verdadera.

¿Quién puede debatir seriamente hoy los *derechos políticos* de los reyes, como, por ejemplo, se hacía en la Edad Media, y en los siglos de las monarquías puras? ¿Quién puede hablar hoy de ciertos derechos anteriores y supe-

Digitized by Google

riores á la existencia misma del Estado? ¿Quién puede siquiera establecer teóricamente una diferencia radical entre el soberano y el súbdito para hacer dos derechos distintos, á que uno y otro han de someterse? No desconocemos la existencia de escuelas y partidos que, con un romanticismo respetable y funesto, abominan de lo moderno y claman por los poderes personales irresponsables y por las distinciones de soberano y súbdito, de rey y vasallo..... Pero si de cerca y con cuidado se estudia tal fenómeno, no faltarían datos para ver que están todas esas escuelas y partidos tocados del espíritu moderno, como lo muestran hechos recientes ocurridos en España misma. Esto, aparte de que con las ideas pasa lo que con las especies orgánicas. Cuando el medio hace imposible la vida de alguna de éstas, no desaparecen todos sus individuos en un momento y de una vez, antes subsisten aunque sea miserable y pobremente durante largo período.....

Pero dejando esto, ¿qué significan el articulado de las Constituciones escritas y las costumbres constitucionales referentes á la organización de los poderes y á la designación de las magistraturas, así como al ejercicio de las funciones públicas? La lectura de cualquier Constitución, así como la de cualquiera de los ilustres comentaristas de la Constitución inglesa, bastaría para responder á tal pregunta. Nótese por de pronto la diferencia capital que hay entre el poder y el ejercicio del poder, sin más ley (en la práctica) que la voluntad de un rey irresponsable, y el ejercicio del poder dentro de los límites propios de una disposición constitucional. Nótese además la diferencia capital que existe entre la gobernación de un pueblo, cuya intervención, en la marcha general de la cosa pública, está desconocida ó

Digitized by Google

abandonada, y la de otros, cuyos latidos y cuyas aspiraciones tienen valor y son atendidos por el Estado ó por los funcionarios del Estado. Atiéndase además al significado propio de una *ley* ó de una *costumbre*, cuyo objeto directo es influir en la conducta del funcionario del Estado (sea el que fuere) de modo que éste se considere, no como un *propietario* del oficio que desempeña, no como un dueño que hace con él lo que más le acomoda, sino como un *representante*, cuya *actividad* debe ser desarrollada en vista de un fin predeterminado y fijo. Después de reflexionar sobre todo esto, se comprenderá por qué se da á la Constitución el significado especial que varias veces dejo indicado.

Si casi es constante en la historia la función jurídica del Estado, si no se desconoce casi nunca que es de su instituto *legislar*, ya sea arbitrariamente, ya atendiendo á la necesidad efectiva de cada pueblo, no puede decirse lo mismo de la *aplicación del derecho al Estado mismo*. Aun hoy, á pesar de las Constituciones, subsiste muchas veces el criterio, según el cual la voluntad del Estado es fuente del derecho; sin considerar que éste, como orden de condicionalidad libre para el cumplimiento del bien en la vida, abarca las relaciones humanas todas, no existiendo, según esto, criterio diferente para juzgar la conducta de un padre de familia ó de un comerciante, ó de un médico en sus relaciones particulares, y la de un empleado ó funcionario público, aunque éste sea el primer magistrado de una nación.

Pues bien; no creo sea pesado insistir para afirmar que la Constitución actualmente significa la ley de vida del Estado, y la ley no caprichosa (aunque parezca esto

Digitized by Google

impropio), sino la *ley de derecho*. Es, al fin, la Constitución el monumento jurídico elevado por el esfuerzo social, para aplicar á la vida política idéntico criterio que el que se aplica á la vida humana en los demás órdenes en que se produce (1).

No debe desconocerse que, en la historia de las Constituciones modernas, pueden señalarse infinidad de datos insteresantísimos por virtud de los cuales sería fácil demostrar cómo semejante criterio no es *práctico* completamente. Pero esto, que tiene su explicación natural en las leyes mismas de la historia, que no permiten transformaciones súbitas ni situaciones francas y puras en absoluto, no implica nada para la opinión expuesta, que está fundada, á mi modo de ver, en el texto mismo de las Constituciones, en los acontecimientos históricos de la época actual y en la interpretación que de estos acontecimientos dan la mejor y más sana parte de los tratadistas modernos.

---

(1) Expresa, hasta cierto punto, nuestra idea de la Constitución lo que dice el art. 16 de la *Declaración de derechos del hombre* de 1789. «Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de los poderes determinadas, no tiene Constitución.»

Digitized by Google

CAPÍTULO II.

LOS ORÍGENES DE LAS CONSTITUCIONES ESCRITAS.

1. Expuesto el significado de la Constitución en el Estado moderno, ocúrrese una cuestión muy interesante, que á pesar de su interés, no suelen tratar siempre los autores de Derecho constitucional. Esta cuestión es la de indagar cómo se ha producido en el derecho constitucional la idea y el hecho de una Constitución, y cómo se ha venido á considerar necesario, para la buena marcha de las instituciones políticas, la existencia de un documento solemnemente redactado, en el cual se expresen, de modo indudable, los límites del poder público y los derechos de los ciudadanos ante él.

2. La concepción del derecho político actual, como derecho codificado, definido, distinto del derecho aplicable á las nuevas órdenes de la vida, concepción hoy universal casi en el mundo civilizado, es una concepción de origen y corte completamente francés. Responde en verdad al criterio abstracto y racional que con Rousseau se ha infiltrado en las teorías todas del derecho por que Francia se ha regido desde el siglo pasado hasta el día. Realmente, el derecho constitucional, como derecho escrito y organizado,

Digitized by Google

es, en Europa á lo menos, una consecuencia de la expansión francesa, ó mejor, una consecuencia de la virtud expansiva de sus revoluciones políticas.

Pero si esto es cierto, si en ninguna nación podía presentar un terreno tan abonado como Francia para que la idea de una Constitución escrita germinara, también lo es que la semilla vino de fuera. Por de pronto, ya he indicado el significado de la Constitución inglesa, anterior á todas las Constituciones escritas, «la primera por la fecha, por la importancia y por la originalidad..... y que ha servido, en más ó en menos, de modelo á todas las que hoy existen» (1). La Constitución inglesa, es decir, lo que con ese nombre se quiere expresar, inspiró el célebre capítulo del *Espíritu de las Leyes*, de Montesquieu (2) en que se hace depender la libertad política de la división de los poderes, y por él, sin duda, se introdujo en el continente europeo, y pasó á América, la teoría de mucho de lo que forma la parte fundamental de las Constituciones (3).

Fijándose sólo en cierta marcha ideal, y prescindiendo de todos los detalles, pudiera señalarse la génesis de la concepción moderna (francesa) del derecho político, considerando la Constitución inglesa como el origen, á Montesquieu como el propagador, á la Constitución norteamericana como la primera manifestación del Derecho constitucional escrito, verificada bajo el influjo de la tradición inglesa y del *Espíritu de las leyes*, y á la Constitución francesa de 1791, hecha bajo la acción de las norteamericanas,

---

(1) Boutmy, *Études de droit constitutionnel*, pág. 1.ª
(2) *Espíritu de las Leyes*, lib. XI, cap. VI, *de la Constitución inglesa.*
(3) Giner, *La política antigua y la política nueva.*

Digitized by Google

como el centro de donde irradia luego todo el Derecho constitucional moderno.

3. Mas con ser cierto esto, la génesis queda muy incompleta. Francia, sin duda, es quien acaba de imponer la moda de una Constitución escrita, y quien asienta reflexivamente la diferenciación del Derecho constitucional; pero la idea de una Constitución precisamente escrita, esta idea que no va implícita en la Constitución inglesa, y que por tanto, ni Francia ni los Estados Unidos pudieron tomar de ahí, tampoco es, como idea, originaria de Francia, ni lo es de la República norteamericana.

¿De dónde proviene entonces? Problema es éste que pone muy en claro un distinguido publicista francés, apoyándose en el estudio de documentos muy interesantes (1). Por extraño que parezca, con ser Inglaterra el país de la Constitución *menos escrita*, es el país de donde, en opinión de Borgeaud, se origina la idea de la Constitución política escrita.

Verdaderamente, si de antecedentes más ó menos calificados se tratase, «en cierto sentido esa idea se remonta á la Edad Media, y, si se quiere, hasta el derecho antiguo, hasta la famosa «lex regia», fuente de la omnipotencia de los emperadores romanos; pero ésta no era más que la fórmula de una delegación sin reservas de la soberanía, una especie de procuración general que confiere al príncipe el *imperium* y la *potestas* sin límites.....» (2). Por lo que á la Edad Media respecta, pueden señalarse, tanto en Inglate-

(1) *Etablissement et Révision des Constitutions en Amerique et en Europe*, por Ch. Borgeaud; 1893, un vol., París.

(2) Borgeaud, obra citada, pág. 3.

Digitized by Google

rra, como en otras partes, multitud de documentos escritos de un carácter en cierto modo constitucional, ó á lo menos, político. En Inglaterra, las principales fuentes *escritas* de su derecho actual remóntanse á la Edad Media. En España, los célebres y discutidos privilegios de Aragón tienen también su importancia constitucional indudable. Por otra parte, la Edad Media conocía las cartas confirmatorias de libertades locales, los fueros municipales, las concesiones de franquicias, ya á ciudades, ya á Corporaciones, ya á particulares, «conocía los Ordenes del reino, villas, comunes, hermandades religiosas, compañías mercantiles, corporaciones de oficios....., pero ignoraba las Constituciones que hoy nos son familiares y en las que se declaran los derechos de cada cual, limitando á la vez el poder supremo en beneficio de todos» (1).

4. Las primeras Constituciones que alcanzaron un vigor positivo..... que por tanto, fueron derecho creado y aplicado, son las «Constituciones que se dieron las colonias americanas emancipadas de la tutela inglesa» (2). A imitación suya, codificaba su obra, imponiéndolo como ley al rey, en nombre de la nación soberana, la asamblea nacional francesa. Pero es necesario advertir que las colonias inglesas no inventaron la cosa, aun cuando hayan hecho las primeras verdaderas Constituciones aplicadas; el principio ó la idea proviene de la madre patria, de Inglaterra, y es muy curioso ver cómo.

5. Según advierte un reciente historiador de las dos

(1) Obra citada, pág. 3.
(2) Ídem, pág. 4.

Digitized by Google

Américas (1), no debe olvidarse nunca que la guerra para la emancipación americana fué una guerra, en rigor de partido, civil. Los americanos representaban en un principio ciertas tendencias vigorosas en la misma metrópoli, pero que en ella eran objeto de persecuciones terribles, por lo que buscaron arraigo en aquel suelo virgen de América. Para comprender bien cómo se verificó la aparición de las formas constitucionales americanas, es preciso tener en cuenta que el núcleo de los emigrantes ingleses era esencialmente puritano, esto es, del partido religioso que defendía y aplicaba en la vida de la Iglesia la idea democrática, y que en las colonias y en la madre patria procedía de análoga manera casi al propio tiempo.

Ahora bien; estudiando la formación y el desenvolvimiento del partido puritano, encuéntranse datos de interés supremo para el problema en que nos ocupamos. En primer término, nos encontramos con los principios de organización social á que obedecen los elementos más acentuados del puritanismo, los llamados «independientes», que constituían la parte más sana é intrépida del ejército de Cromwell. Tenían éstos por sistema el congregacionismo. Sus iglesias autónomas, sus jerarquías democráticas, fundábanlas en un verdadero pacto ó *Covenant* (de ahí los *Covenantaires*, tan admirablemente estudiados por Macaulay) (2), el cual constituía el acto primordial é inicial de la congregación. «En virtud de ese acto, dice Cotton, uno de los Padres de la doctrina, como lo llama Borgeaud (3), los

(1) Mellen Chamberlain, colaborador de Winsor, en la *Narrative and critical history of America*, 1886-89. Citado por Borgeaud.

(2) *Historia de la Revolución de Inglaterra.*

(3) Obra citada, pág. 8.

Digitized by Google

ministros tienen poder sobre el pueblo de sus fieles, el pueblo siente interés por sus ministros y cada miembro de la congregación adquiere los derechos y deberes que le corresponden frente sus compañeros» (1). La supremacía eclesiástica es del todo: la comunidad recibe el poder de Cristo, ella elige los ministros, los ancianos, los diáconos.....

De la esfera religiosa pura pasaron esas ideas, profundamente democráticas, á la política, precisamente en aquella ocasión solemne en que el pueblo inglés se hallaba en positivo período constituyente, y cuando las circunstancias habían inspirado á los defensores de las libertades públicas una desconfianza justificada hacia los poderes permanentes constituídos. La idea de un pacto expreso, de un documento en solemne, donde, á imitación de los *Covenant*, se señalase los límites de la autoridad, y la garantía de los derechos del pueblo, se imponía con indudable oportunidad. «Pienso, dice Wildman, que las libertades de esta nación no estarán verdaderamente garantidas, sino cuando se hallen fijadas con claridad la extensión de los poderes y del mandato de los representantes, y la naturaleza de los derechos que el pueblo se reserva para ejercerlos por sí mismo» (2). La noción jurídica fundamental á que van á responder las Constituciones políticas del porvenir, está ahí ya perfectamente formulada.

6. Y de ella va á nacer un documento escrito, que tiene ya el corte de una Constitución; documento que se elabora bajo el influjo de las ideas todas que el puritanismo religioso y político entraña.

---

(1) *The Way of the Churches of Christ*, citada por Borgeaud.
(2) *Truth's Triumphe*, 1647-48, citada por Borgeaud.

Digitized by Google

Es este el *Agreement of the people*, ó pacto del pueblo, que, en los momentos más culminantes de la revolución puritana, presenta el ejército de Cromwell á la Cámara de los Comunes (1). En él se proponen sus autores fijar la ley suprema, expresión de la voluntad popular, «á la cual el Parlamento debía someterse y en la cual se determinaban los derechos, cuyo ejercicio directo se reservaba la nación misma.» Este pacto del pueblo, aprobado por el ejército en 1647, no se había de promulgar sino después de recibir la adhesión expresa de los ciudadanos, mediante un procedimiento especial.

Para comprender el alcance constitucional de este precioso documento, cuyo valor histórico nadie puede desconocer, conviene copiar algunas de sus declaraciones más salientes. Dice una de ellas: «Los poderes del Parlamento actual y de los representantes del porvenir en esta nación, están subordinados exclusivamente á los de sus comitentes, y se extienden sin el consentimiento ó concurso de persona alguna ni corporación, á la legislación, al establecimiento de las dependencias y tribunales de justicia, declaración de guerra....., y en general á todos los derechos que los comitentes no se hayan reservado expresa ó tácitamente.» He aquí cómo habla en la otra: «Las leyes hechas ó que hayan de hacerse, obligarán por igual á todos. No habrá exención de la jurisdicción ordinaria, á la que todos están sometidos,

(1) He aquí lo que Borgeaud dice del Pacto del pueblo: «Su texto definitivo hállase reproducido en Gardiner, *The constitutional documents of the puritan revolution;* Oxford, 1889, pág. 270. El del anteproyecto, más curioso en ciertos respectos, encuéntrase en un folleto conservado en el *British Museum: An Agreement of the People for a firm and present Peace, upon grounds of Common.-right and freedome. s. l.*, 1647.

Digitized by Google

fundada en distinción alguna de tenencia, propiedad, privilegio, rango, nacimiento ó posición.»

Como se ve, contiénense ahí, en concreto, aquellos principios que hemos señalado, como distintivos de las Constituciones, y que hacen de ellas la aplicación reflexiva del derecho á la vida del Estado, aun cuando sea bajo la forma negativa ó limitativa del poder, cual ocurre en la primera declaración, ó bajo la afirmación de la igualdad ante la ley, según pasa en la segunda.

Esta Constitución que los soldados imponían á Cromwell, y que el Protector hacía como que aceptaba, no pasó de la categoría de proyecto, pero sus principios fundamentales, los que implican una constitución, los aprovechó el mismo Cromwell para incluirlos en la única *Constitución escrita* que Inglaterra tuvo, conocida bajo el título de *Instrumento de Gobierno* (1). En ella se habla de que «en todo Gobierno debe haber algo de fundamental, algo así como una *Gran Carta*, permanente é inalterable», principalmente para oponerse á la arbitrariedad de los Parlamentos, los cuales, si hacen la ley, deben, sin embargo, hallarse á la ley suprema sometidos.

Cual fué la suerte, tanto de esos intentos de constitución escrita, cuanto de las ideas á que responden en Inglaterra, sabido es de todos. No era, en verdad, Inglaterra la llamada á desenvolver inmediatamente los principios puritanos. La restauración borró casi por completo las tendencias de Cromwell y del puritanismo, y la historia de aquel país siguió por caminos más tortuosos, con más lentitud,

(1) Redactada por el Consejo de Oficiales del Protector.

Digitized by Google

al par que seguridad, la evolución hacia el régimen que en definitiva había de aceptar casi el mundo entero.

7. Ofrecía un terreno más abonado para desenvolver el puritanismo religioso y político, América, y allí fué donde la idea y la estructura de las Constituciones arraigaron, fructificando con vigorosa lozanía.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que una Constitución *escrita* tiene siempre algo de pacto. «Por su naturaleza, el acto constituyente, decía Klüber, es una obra sinalagmática: es un acto entre partes, de las cuales, una y otra dan y reciben respectivamente» (1). Sin aceptar completamente con todas sus consecuencias esta doctrina, bien puede decirse que parece como que una Constitución que en un momento dado se redacta, que nace en un instante determinado, para ser desde entonces ley total de vida del Estado, es cosa de convenio. Pues bien; aparte de que la idea de convenio ó de pacto, como acto inicial fundamental de las sociedades, era esencial á los congregacionistas, y así se concibe que los primeros fugitivos que en 1620 desembarcaron en Nueva Plymouth, empezaran por firmar un pacto de establecimiento, que luego se imitó por todos, las circunstancias en que aquellas sociedades nuevas se instalaban, brindaban á pactar, á ponerse de acuerdo respecto de la forma política de vida para lo futuro. De ahí que la mayoría de las comunidades políticas de Nueva Inglaterra sean el contrato social en acción y tengan su ley fundamental como base.

Lo que por una argumentación abstracta hubo de for-

(1) *Oiffeneliches Recht des deutschen Bundes und der Bundesstaaten*, 1840, pág. 406.

Digitized by Google

mular Rousseau; lo que había hecho Locke, partiendo del supuesto imposible de un estado de naturaleza, se ofrecía real y positivamente, sin el estado de naturaleza forzoso, á los puritanos de América; esto es, un suelo nuevo que se ocupa, una reunión de hombres «todos iguales y libres, por ley de naturaleza, que se hallan á punto de formar voluntariamente entre sí una comunidad política» (1), echando por tierra todo el derecho político feudal que se fundaba en la desigualdad de las gentes ante la ley, y en el Estado constituído sobre ideas de jerarquía y sobordinaciones hereditarias.

Y eran tan favorables las condiciones, que aun cuando muchas colonias tuviesen, como advierte Bryce (2), Cartas reales de fundación, tales Cartas hubieron de transformarse en verdaderos pactos fundamentales, orgánicos.

8. De todos estos pactos sociales y políticos, el que se señala, como la primera Constitución escrita, anterior aun al *Agreement* de la democracia inglesa, si bien originado en idénticas ideas, es el Estatuto fundamental del Connecticut de 1639. El Connecticut formaba en un principio parte de Massachusetts Bay, pero por divergencias políticas, se separó, dirigido por el célebre Tomás Hooker, al igual que lo hizo también Rhode Island, dirigido por Williams. Los habitantes de ambos futuros Estados deseaban afirmar más y más sus convicciones democráticas puritanas. La Constitución de Massachusetts, una Carta de la Corona,

(1) Palabras del pastor John Wyse en su escrito célebre, titulado *A Vindication of the Government of New England Churches* (1772).

(2) Véase Bryce *The American Commonwealth.* Tomo II. Véase también Claudio Janet, *Instituciones políticas y sociales de los Estados Unidos.*

Digitized by Google

tenía cierto carácter mercantilista y político, que pugnaba con la pureza de las tradiciones puritanas. Ahora bien; los colonos de Connecticut, como los de Rhode Island, al instalarse por sí de nuevo, redactaron sus Constituciones, en las que se salvan sus principios democráticos, Constituciones que al fin fueron aceptadas por la Corona á modo de Cartas reales de establecimiento.

He aquí algunas declaraciones de la Constitución de Connecticut, en las cuales están expresados los principios á que aludimos:

«Supuesto que, cuando un pueblo se forma, la palabra de Dios dispone, á fin de mantener la paz y la unión, que establezca un Gobierno regular y conveniente, conforme á su voluntad, para la ordenación y la gestión de los negocios públicos en todo tiempo, según las necesidades, *nos unimos y nos asociamos para formar un Estado, una República*, y declaramos, tanto para nosotros, como para nuestros sucesores y para quienquiera que se nos una, que hemos *formado un pacto mútuo de unión y de confederación.*» El preámbulo hace en seguida declaraciones relativas á la religión, y al fin jurídico de la comunidad, para exponer luego en once artículos fundamentales, aquellos puntos que forman el contenido sustancial de la futura Constitución escrita, á saber: soberanía de la Asamblea general de los ciudadanos; elección popular de los magistrados; renovación anual de su mandato; autonomía comunal, etc., etc.

Análogas ideas se encuentran en la Constitución de Rhode Island, y tales ideas fueron las que al fin hubieron de predominar en Massachusetts, merced á acontecimientos de carácter revolucionario, al influjo poderoso de propa-

Digitized by Google

gandas como la que implican los escritos del pastor Wyse (1), y á la buena acogida que en aquellas apartadas regiones tienen las teorías de los derechos del hombre y del contrato social. Hacia 1772 la sociedad de Boston, sociedad constituída según ciertos principios aristocráticos, ofrece, aunque lajano, algún parecido con la sociedad aristocrática del antiguo régimen próximo á la revolución en Francia. Como en ésta no se hablaba de otra cosa que de Rousseau y de sus ideas sobre el hombre y sobre el contrato, allí estaban en boga las ideas análogas de Locke. El año citado, un célebre puritano, J. Otis, formulaba concretamente las aspiraciones que andaban en boca de todos, presentando á la Asamblea de ciudadanos de Boston, la primera, en el orden del tiempo, de las declaraciones de derechos...., según él, de los *colonos*, *como hombres*, como cristianos y como ciudadanos. Y á partir de esta presentación y de los acontecimientos que siguen, puede decirse que encuentra su expansión natural en toda la América inglesa la aplicación del régimen constitucional, fundado en los dos principios que por todas partes se consagran, y que con significación y alcance muy diferentes van á formar la parte dogmática y la base de la orgánica del derecho constitucional futuro, á saber: la *declaración de derechos* y el *pacto*.

Por de pronto, es de todo punto necesario fijarse en cómo se conducen, respondiendo al influjo de los procedimientos políticos empleados en las regiones de Nueva Inglaterra, los que en los momentos solemnes de la ruptura con la madre patria van á abrir los cimientos de la futura República norteamericana; y luego es preciso ver también

(1) Obra antes citada.

Digitized by Google

cómo se propaga, por virtud de su fuerza naturalmente expansiva, el principio constitucional de los Estados todos que pactan la primera confederación.

Aquéllos redactan en 1776, reunidos en Congreso, un decreto, que tiene todo el corte de una Constitución, y que prepara la formación de la futura y *necesaria* Constitución política, al par que ordenan «á las diversas Asambleas y Convenciones de las colonias unidas, donde no esté formado aun un gobierno capaz....., establecer aquel gobierno, que, en opinión de los representantes del pueblo, sea el más propio para garantir la prosperidad y seguridad de sus comitentes.....»

Según advierte Borgeaud, «la elaboración de Constituciones escritas, no está expresamente prevista por ese decreto, pero respondía al pensamiento de sus autores, así como al de aquellos que estaban encargados de ejecutarlo. Su concepción del Estado, fundada en un contrato explícito entre los ciudadanos; el recuerdo de las *covenants* políticos, que formaron los primeros colonos puritanos; el ejemplo de las Cartas, al tenor de las cuales se hallaba organizado el gobierno de varias colonias; la necesidad de legislar en nombre del pueblo, todo concurría á imponer y desenvolver la idea que en otros tiempos tuvieran, en la antigua como en la nueva patria, los padres de la democracia anglo-sajona» (1).

9. La expansión del principio constitucional por los Estados todos, merced á los impulsos á que venimos aludiendo, se verifica paulatina, pero seguramente. En primer lugar, tenemos algunas colonias que antes del gran movi-

(1) Obra citada, páginas 21 y 22.

Digitized by Google

miento general del Congreso se habían dado sus Constituciones como ya hemos visto. Tenemos, además, en 1776 las leyes constitucionales provisionales de New-Hampshire y las de la Carolina del Sur. El 12 de Junio votaba Virginia su célebre declaración de derechos, y el 28 la Constitución, no revisada hasta 1830. En el mismo año se organizaron ya Nueva Jersey (Julio), Delaware (Septiembre), Pensilvania (Septiembre), Maryland (Noviembre) y Carolina del Norte (Diciembre). En 1777 redactaban la Constitución Georgia y Nueva York. Por fin, en 1780, Massachusetts, establecía definitivamente, mediante procedimientos democráticos, su régimen constitucional, redactando la Constitución que aun hoy es la ley fundamental de aquella célebre República, y que viene á ser por su texto la expresión más acabada, la síntesis más completa, de las teorías políticas del contrato social (Locke y Rousseau en acción), con las rectificaciones de la práctica que hacen del contrato, no la fórmula abstracta de una política vacía de sentido jurídico, sino la expresión temporal, expresa (*escrita*), de aquella ley fundamental que el pueblo, como Estado, se da á sí mismo en uso de su soberanía, para que sirva de base de su gobierno.

No diré yo que los legisladores del Massachusetts vieran con claridad absoluta todo el alcance político que en lo porvenir se va á dar á las Constituciones como *derecho* del Estado; quizá en punto á la fundamental exigencia, que pide que toda expresión de la voluntad soberana, para ser *ley* jurídica, sea á la vez expresión de un contenido racional moral, eran fieles á Locke y á su tiempo; pero hay en esta Constitución, como hay en casi todas las otras, como lo habrá en la que, á imitación de ellas, se dará la Repú-

Digitized by Google

blica norteamericana al hacerse nación, la regla suprema á que ha de someterse el Estado como Estado gobernante.

10. Las ideas relativas al derecho constitucional escrito, encuentran, á fines del pasado siglo, acogida simpática por extremo en Francia.

Verdad es que este país se hallaba admirablemente preparado. No en vano se trata de la patria de Montesquieu y de Rousseau, de las ideas abstractas y de la concepción de lo sistemático aplicada á todos los órdenes de la actividad, desde el literario y artístico hasta al legislativo y político (1). No en vano, también, se trata de la nación europea que contribuyó más directamente á la emancipación americana.

La prueba de esta buena disposición de Francia para el régimen constitucional escrito, nos la ofrece, entre otras, el hecho de que al reunirse los Estados generales en 1789, á pesar de los términos en que la convocatoria de Luis XVI está concebida, en muchas de las actas de designación del tercer Estado se habla insistentemente de la necesidad de redactar una Constitución, y hasta se proponen modelos, habiendo dentro de los Estados generales miembros de la misma nobleza que reclamaban como tarea de la Asamblea, «no *mantener* sino *establecer* una Constitución» (2). Y en efecto; bien ó mal, en una forma todavía imperfecta y dispersa, contenida en siete decretos especiales relativos á

(1) Véase Taine; *Origenes de la France contemporaine*, t. I. Trata este autor magistralmente de la situación de ánimo de la Francia del antiguo régimen para verificar la revolución, con sus formas abstractas, neoclásicas.

(2) E. Pierre, *Traité de droit politique, electorale et parlamentaire* (1893), páginas 1 y 3.

Digitized by Google

los derechos del hombre, á la organización del poder ejecutivo y del poder legislativo, á la promulgación de las leyes, etc., se redactó desde luego una verdadera Constitución (1791) (1).

La idea principal dominante en Francia en este punto, inspirada de un lado en Montesquieu, y, sobre todo, en el ejemplo y en los resultados de la revolución americana, con la admiración que provocaron y con las enseñanzas que propagaron Franklin y los franceses que, como Lafayatte, ayudaran á América á emanciparse, es la de que para ser un pueblo libre hay que tener una Constitución escrita, una ley fundamental hecha por la nación misma.

De qué modo arraigó tal idea, de qué manera se infiltró en el genio francés este elemento *formal* del derecho político, lo muestra claramente la historia misma de este pueblo, que tanta y tan persistente confianza tuvo, y aun tiene, en la eficacia reformista ó transformista de las leyes ó de las discusiones solemnes y declaraciones abstractas de las Asambleas políticas. Sufrió Francia, en menos de un siglo, los trastornos más radicales; pasó de una revolución violenta á una reacción no menos violenta; pero en todos los naufragios se salvó el principio *constitucional*. Las formas diversas que la política francesa revistió en todo el período á que nos referimos, han tenido, como se verá á su tiempo, una consagración más ó menos amplia en un documento legal, positivo, así que puede decirse que hay, en la corta historia del derecho político francés á la moderna, Constituciones para todos los gustos, desde las que son meras cartas otorgadas graciosamente por los reyes, hasta las que

(1) Obra citada, pág. 3.

Digitized by Google

son verdaderos actos expresos de la soberanía popular y nacional. Es Francia, en suma, la patria de Sièyes, el fecundo redactor de Constituciones escritas, y es el país de los períodos constituyentes.

Por esto, según ya al principio de estas consideraciones se advertía, á pesar del origen anglo-sajón de la idea de una Constitución escrita, el derecho político concebido, bajo su forma definida, concreta, distinta de las de otro-derechos, hoy difundido por casi toda Europa y por Amés rica, es esencialmente francés. Francia lo ha hecho carne de su carne y sangre de su sangre, y Francia fué quien supo propagarlo, como ahora mismo vamos á ver.

11. «Cuando Napoleón caía para no levantarse más, dice Borgeaud, la Revolución había dado la vuelta por toda Europa» (1). Ahora bien: una de las ideas que con la Revolución hicieron tan largo viaje, es la de la necesidad de organizar el pueblo con una Constitución escrita. En vano los grandes reorganizadores de la Europa central, los Hardemberg y los Stein, en odio á Napoleón, se oponían con certero espíritu conservador al establecimiento de Constituciones escritas para formar los Estados que aparecen deshechos en el mapa político de Europa, después de abatidas Francia y la Revolución. Sus argumentos de que una Constitución escrita es un pretexto y un aliciente para los cambios políticos, porque la forma definida y concreta de la misma es un estímulo para la crítica, sirvieron de muy poco. La idea era ó parecía ser tan natural, habíase infiltrado de tal modo en el espíritu, y por otra parte, eran las circunstancias tan propicias (Estados que rehacer nuevamente,

(1) Obra citada, pág. 32.

Digitized by Google

pueblos que constituir en virtud de un Congreso como el de Viena), que lo primero que salió de manos de los mismos enemigos del constitucionalismo, fué un verdadero pacto fundamental. «La Confederación germánica, advierte oportunamente Borgeaud, tuvo su Constitución de trece artículos» (1).

Y no sólo esto, esta Constitución contiene una disposición final que muchos han considerado como el punto inicial del establecimiento del régimen constitucional de Alemania, por cuanto dice que «en todos los países de la Confederación habrá asambleas representativas (*Landstændische Verfassung*)» que otros traducen, en mi opinión, diga lo que quiera Borgeaud, con más exactitud, «Constituciones (de *Verfassung*) representativas».

12. Conviene señalar ahora, aunque sea muy brevemente, de qué manera se propagó por los diferentes Estados europeos el derecho constitucional codificado. Una distinción es preciso establecer, ante todo, teniendo en cuenta las diversas condiciones de las naciones europeas. Hay, en efecto, entre éstas, las que son una simple continuación de las naciones tradicionales antiguas, mediante transformaciones radicales de sus instituciones políticas (Suiza, Estados alemanes, España, Portugal, etc.). El establecimiento en ellas, del régimen moderno, es la consecuencia de tales transformaciones, y de la germinación, más ó menos lozana, de la semilla constitucional. Pero hay además naciones, hasta cierto punto nuevas, si no como naciones, toda vez que una nación, no es ni puede ser obra de poco tiempo, y ya lo eran antes, á lo menos como naciones-Estados (Grecia, Italia).

(1) Obra citada, pág. 33.

Digitized by Google

Y aun pudieran añadirse aquí aquellos Estados, no europeos por el territorio, pero sí por el elemento personal de su población, que habiendo sido ó siendo aún colonias, tienen como Estados independientes y soberanos, ó como Estados autónomos, ligados por lazos más ó menos estrechos á la madre patria, instituciones constitucionales escritas. (Las Repúblicas del Centro y del Sur de América, las colonias inglesas del Canadá, de Australia, etc.)

De estas últimas, en el presente capítulo no haremos indicación detenida especial, bastando su cita sólo para afirmar y comprobar la gran fuerza expansiva de la idea de Constitución.

Considerada desde cierto punto de vista general la historia de Europa, á partir de 1815, y la de algunos pueblos antes (España, por ejemplo), es la de la lucha por el establecimiento de las Constituciones escritas. Al comenzar el presente siglo apenas hay este género de documentos y en cambio hoy la idea y el hecho de los mismos se han difundido casi por todas partes, después de corto aunque revuelto período de propagación y establecimiento.

Coincidiendo ya casi con el Congreso de Viena, redactóse por la Dieta de los cantones suizos el Pacto de 1815, inspirado en el *Acta de mediación* de Napoleón de 1803. La importancia especial de este Pacto, desde el punto de vista en que aquí nos colocamos, es, independientemente de su carácter mismo, como ley constitucional, el supuesto de que parte, y según el cual, se conceptúan como derecho político escrito y codificado el de los diferentes Contones. En efecto, el Pacto viene á ser una garantía de las Constituciones especiales de cada cantón, para cuyo fin se debía depositar en el archivo de la Dieta un ejemplar de las mismas.

Digitized by Google

Por los diferentes territorios de la Confederación germánica propagábase la idea de la Constitución escrita, empezando por aquellos Estados que habían sufrido de una manera más inmediata y directa el influjo francés, y que, por tanto, tenían su espíritu perfectamente preparado. El 2 de Septiembre de 1814, el Ducado de Nassau recibió su Carta. Bajo el protectorado de Napoleón tuvieron sus Constituciones escritas, aunque poco eficaces en la práctica, el reino de Westfalia, el de Baviera, el Ducado de Sajonia-Weimar, el Gran Ducado de Francfort y el Principado de Anhalt-Coethen. Fuera del protectorado, en 1814, en Baviera propúsose una nueva Constitución; de igual modo se procedió en Würtemberg y en Baden, y más tarde en Schwarzburgo-Rudolstadt, Schaumburgo, Waldeck, Sajonia-Weimar-Eisenach. Prusia tuvo su decreto constitucional en 1815. En los primeros días que siguieron al Congreso de Viena, como los vientos de reacción soplaron fuerte en el centro de Europa, y el principio constitucional representaba, con más ó menos atenuación, el reconocimiento de los derechos populares, no llegó á alcanzar su plena aplicación el sistema de las Constituciones escritas. Antes bien se contuvo. Sólo á partir de 1819, se empiezan de nuevo á producir algunas cartas otorgadas, y ya desde entonces, aunque bajo el influjo de las revoluciones y contrarevoluciones que dominaron en Europa, sigue la instalación del régimen de derecho político codificado hasta su completo establecimiento.

En su consecuencia debemos recordar que en Diciembre de 1819, el Hannover alcanzó su Carta; en Abril de 1820 alcanzó la suya Brunswick; en Diciembre, Hesse (Gran Ducado); en Agosto de 1821, Sajonia Coburgo; en 1829, Sajo-

Digitized by Google

nia Meiningen; en 1831, Hesse, electoral, Sajonia Altenburgo, reino de Sajonia; en 1833, el principado de Hohenzollern-Sigmaringen; en 1836, el de Lippe; en 1846, la ciudad de Lübeck; en 1848, los Ducados de Anhalt. De 1849 son la primera Constitución otorgada por el Emperador de Austria con la tentativa de confiar en parte la obra legislativa ó los *Landtags* provinciales, y en parte á un Reichsrath comun á todos los países de la monarquía, y las Constituciones de Brema, Ducado de Oldemburgo, Principado de Reuss-Schleiz, y no pocas revisiones y tentativas de revisión; todas ellas bajo el influjo de la revolución democrática de 1848. En 1860 tuvo su Constitución Hamburgo, y la tuvo en 1867 el Principado de Reuss-Greiz.

Prescindiendo ya de los Estados alemanes, el resto de la Europa continental entra poco á poco en el régimen político francés. Por de pronto, deben citarse los diferentes reinos antiguos, verdaderos núcleos históricos de las grandes nacionalidades. Entre ellos figura España, que recibe de Napoleón, de un modo personal y directo, el primer impulso constitucional. Á Napoleón se debe la reunión de la junta *afrancesada* de Bayona y la Constitución de 1808, que se discute á guisa de pacto expreso entre el pueblo español (?) y el monarca de la nueva estirpe de los monarcas de entonces, José Bonaparte. Esta Constitución no estuvo en vigor, pero España, que la rechazó como obra extranjera, procedía pocos años después, y en son de protesta, contra todos los principios del régimen moderno, á redactar su primera Constitución, verdaderamente nacional, de 1812, Constitución ésta que, aunque fué derogada al poco tiempo (1814), inicia, de modo hasta hoy definitivo, el régimen de las Constituciones escritas y codificadas en nuestro pueblo.

Digitized by Google

Portugal, imitando inmediatamente á España, dióse en 1822 una Constitución escrita, que fué derogada poco después (1844). En 1826, el emperador del Brasil y rey de Portugal, Pedro I, otorgaba, al abdicar la corona de este último Estado en su hija María, la Carta que, á vuelta de muy azarosas vicisitudes, resultó ser la ley fundamental de la Monarquía.

Suecia, aun cuando cuenta en su historia anterior á la época moderna documentos de índole constitucional muy acentuada, por su forma solemne y escrita, inicia en rigor el régimen que reune todos los caracteres precisos del constitucionalismo en 1809, cuando después de la pérdida de Finlandia, el Riksdag (cámara sueca) destronaba á Gustavo Adolfo, dejando como rey á Carlos XII. De esta fecha es la Constitución que, modificada y adicionada por leyes posteriores, forma la ley fundamental del reino.

Noruega tiene su Constitución del año 1814, hoy toda vía vigente después de quince reformas sucesivas. La Constitución ó acta de unión entre ambos pueblos, es de 1815 y hoy atraviesa un período dificilísimo.

Dinamarca obtuvo su Constitución en 1849. En los Países Bajos tenemos una de las naciones que más á merced se encontraron de las luchas territoriales. El establecimiento del régimen constitucional siguió allí las vicisitudes de la formación del Estado. Tuvo este pueblo, al consumar su unidad por la organización de la República batava, una primera Constitución votada por el pueblo en 1798, Constitución revisada en 1801 primero, y luego en 1805. Luis Bonaparte le otorgaba una en 1806, y en 1814, al instalarse en el trono de Holanda el príncipe Guillermo Federico, hizo adoptar por la Asamblea de notables de Amsterdam,

Digitized by Google

la Constitución que aun hoy es la base de la organización política de aquel Estado.

13. Con los pueblos indicados pueden considerarse citados los Estados modernos, en los que se instaura el régimen constitucional como una reforma revolucionaria siempre de las instituciones tradicionales. Hay, sin embargo, alguno entre los no citados que ocupa una como posición intermedia é indefinida entre los pueblos nuevos (nuevos como Estados). Me refiero á Italia. Italia, como nación soberana é independiente, es un Estado nuevo. La última consagración de su existencia intangible data de 1870. Pero el régimen constitucional italiano es de fecha más antigua, y contiene elementos complejos de muy diversa índole. El Estatuto fundamental de toda Italia, es decir, la *primera* Constitución escrita que se puede conceptuar como el resultado de la expansión del principio francés, es de 1848, es la constitución otorgada por Carlos Alberto al Piamonte y á Cerdeña, aplicada luego sucesivamente á los países anexos, en 1859, 1860, 1866 y 1870. Pero nada menos que diez y nueve precedentes constitucionales señala Dareste (1) al Estatuto citado, á partir de la Constitución de la República cisalpina de 17 de Marzo de 1797 hasta el Estatuto de Toscana de 1848. Esto, aparte de otros estatutos de carácter fundamental y general, relativos al reino de Roma (1848) y al reino de Sicilia (1848) y de la Constitución republicana romana (1849).

Entre los Estados ya verdaderamente nuevos, creados en Europa bajo el influjo directo de las ideas modernas, la instauración de un régimen político, cuya base es un do-

(1) *Les Constitutiones modernes*, t, I, pág. 541.

Digitized by Google

cumento escrito y solemne, surge de un modo espontáneo y natural. Al realizarse en 1822 la independencia de Grecia, el primer cuidado de la Asamblea nacional fué adoptar el Estatuto provisional de Epidauro, reemplazado más tarde, en 1827, por la Constitución de Trezena, y en 1848 por la obra de la Asamblea Atenas, revisada luego en 1864 después de la elección del rey Jorge.

Al separarse Bélgica de Holanda en 1830, se organizaba políticamente en 1831 mediante una constitución escrita, inspirada en la Carta de Luis Felipe, Constitución hoy en plena revisión. Las diferentes provincias que poco á poco se han ido separando de Turquía, para alcanzar una independencia más ó menos real, también se han organizado constitucionalmente: Rumanía en 1866, Servia en 1869, Bulgaria en 1879.

Al lado de estos Estados, y para completar el cuadro de la expansión del principio constitucional en Europa, deben citarse todavía ciertas formaciones políticas complejas, que son hasta hoy las más altas manifestaciones de la idea del Estado moderno. Me refiero en este caso al Imperio austro-húngaro y al Imperio alemán. Tienen estos dos países, sin embargo, muy distinto valor desde el punto de vista de nuestro estudio: sin duda es menor la significación *constitucional* de Austria-Hungría que la de Alemania. Alemania, Suiza y los Estados Unidos, son en una medida mayor ó menor la realización histórica más perfecta del Estado orgánico federal (Estado de Estados) (1).

Austria-Hungría, como Estado unido, no realiza el prin-

(1) Véase *Teoría del Estado*, pág. 215, y luego, en el presente tomo, los capítulos de las *Fuentes del derecho constitucional.*

Digitized by Google

cipio constitucional escrito con la *sencillez sistemática* que Alemania. La fusión política de los territorios de la monarquía austriaca y húngara es siempre imperfecta; así que á vuelta de mil contradictorios accidentes é intentonas, por las que se pasa y repasa del régimen absoluto al representativo, la unión constitucional se afirma en 1867 mediante las dos leyes, votada una por el parlamento cisleitano, y otra por el Parlamento húngaro.

En cuanto á Alemania, sabido es que, si bien tiene de antiguo un gran influjo en Europa, como potencia nacional más ó menos definida, bajo su forma actual de imperio (Estado federal), es de fecha muy reciente. Sin duda, para explicar su organización presente, es preciso estudiar á Alemania como confederación del Rhin (influjo francés), como confederación germánica (influjo austriaco), y como confederación del Norte (hegemonía prusiana); pero tratando sólo de señalar la manifestación última del principio constitucional en su evolución expansiva, debemos fijarnos sólo en la Constitución de 1867 de la confederación del Norte, adoptada después de la oportuna revisión en 1871, como Constitución del Imperio alemán.

14. Si queremos completar el cuadro general de la difusión progresiva del régimen de las Constituciones escritas, según la indicación ya hecha antes al señalar los orígenes de las constituciones de los Estados europeos, es preciso añadir la de los orígenes é instauración de las diversas Constituciones del Continente americano, así como lo relativo á la adaptación del sistema en otros Estados formados como los americanos, bajo el influjo del espíritu colonizador.

Prescindiendo en América de los Estados Unidos norte-

Digitized by Google

americanos, que se organizan federalmente á raíz de la declaración de independencia, pueden distinguirse, de un lado los Estados de la América central y meridional, hoy naciones independientes; son casi todos, y se originan de las antiguas colonias europeas, principalmente españolas, que á principios del siglo actual se declararon separadas de la madre patria. Del otro lado están ciertas colonias que viven unidas á la madre patria y gozan de Constituciones autónomas representativas; no se comprenden aquí las que viven bajo un régimen de asimilación y centralizador. (Cuba y Puerto Rico, por ejemplo.)

Respecto de los Estados, hoy naciones independientes, puede decirse que, en general, reproducen, con las variantes hijas de las circunstancias y del genio de la raza, la historia de la formación de los Estados Unidos norteamericanos. Empiezan casi siempre por iniciar embozada ó abiertamente su tendencia separatista, que al fin consiguen y consagran en un *documento escrito* ó Constitución, para el régimen político respectivo. Citaré todos los Estados de la América setentrional y meridional, excepto los Estados Unidos, que caen dentro de estas indicaciones generales, reduciendo la cita á la designación del Estado de que se trate é inclusión entre paréntesis de la fecha ó fechas que puedan considerarse como culminantes en la aceptación del régimen constitucional (1) en el mismo.

He aquí cómo:

---

(1) Más detalles pueden verse en Dareste, obra citada, t. II; Arosemena, *Estudios constitucionales sobre los Gobiernos de la América latina* (1888, París); Bañados y Espinosa, *Derecho constitucional* (Santiago de Chile, 1889).

Digitized by Google

Méjico (primer intento frustrado de Constitución, 1813; otros intentos de ley fundamental, 1821 (*Plan de Iguala*) 1823; Constitución federal, en 1824); Provincias Unidas (Constitución, 1824; cada una de las cinco provincias tiene luego su Constitución, como Estado federado, y más tarde, deshecha la unión como nación, según veremos, 1838); Guatemala (1825-1851); Salvador (1824-1859); Honduras (1825-1865); Nicaragua (1826-1838); Costa Rica (1825-1848); Haiti (1801-1843); Santo Domingo (1844); Colombia (1811-1821-1832); Venezuela (1811, española de 1812-1819-1830); Ecuador (1821-1830-1843-1851, etc.); Perú (1823-1826-1828); Bolivia (1826-1831, etc.); Chile (1812-1818-1822); Argentina (1819-1826-1853); Paraguay (1844-1870); Uruguay (1829); Brasil (1824).

De los otros Estados coloniales no independientes, el que goza de aquella autonomía, que es casi una independencia constitucional, y merece especial mención es el Canadá inglés (1867, sobre todo) (1).

Como manifestaciones del principio constitucional triunfante fuera de los territorios á que ya nos hemos referido, deben citarse, además, aquellas otras colonias inglesas que gozan hoy del *Home rule*, entre las que figura, como la principal, Australia, y por último, las islas de Sandwich, el Imperio del Japón y las tres repúblicas africanas independientes: Liberia, Transvaal y República de Orange.

Tal es, hecho con la rapidez que el presente estudio exige, el origen y difusión del principio del derecho constitucional escrito.

---

(1) Véase Bourinot, *Parliamentary Procedure and Practice in the Dominion of Canada.*

Digitized by Google

CAPÍTULO III.

EL CONCEPTO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL.

1. La determinación de la idea general de la Constitución, hecha en el cap. 1, nos capacita suficientemente para examinar una cuestión que los tratadistas suelen estudiar, relativa á lo que debe entenderse *en concreto* por DERECHO CONSTITUCIONAL.

En términos generales hemos dado ya en diversos sitios lo que pudiéramos considerar como su definición filosófica. Baste recordar á este efecto la afirmación de que las Constituciones son derecho político, siendo este derecho del Estado, y además, la afirmación de que el derecho constitucional es el derecho político de los Estados contemporáneos civilizados.

Pero esta definición no es admitida como expresión de un concepto indiscutible, ni por otra parte resuelve la cuestión á que aludimos, al pedir lo que debe entenderse *en concreto* por derecho constitucional.

A reserva de tratar luego de este último punto, voy ahora á razonar el concepto general del referido derecho que más exacto me parece.

2. Para no pocos autores, y aun va implícita la idea en

Digitized by Google

las mismas leyes que han establecido en las Universidades el estudio del derecho constitucional, éste viene á ser el mismo derecho político, no en el amplio sentido en virtud del cual el derecho político es todo el derecho del Estado, sino en el tradicional, que no deja de confundir á veces el derecho político con el derecho público. Verdad es que se suele caer en contradicciones como la que supone conceptuar el derecho constitucional como derecho político filosófico, y luego desarrollarle como derecho político moderno relativo á una ó varias naciones.

El distinguido tratadista Orlando (1) puede presentarse como uno de los autores que equiparan el derecho político, como derecho del Estado, y el constitucional.

Por de pronto, parte Orlando de la distinción clásica (puramente histórica, en modo alguno filosófica y fundamental) (2) del derecho, según los romanos, en derecho público (*quod ad statum rei romanæ spectat*) y privado (*quod ad singulorum utilitatem*), y del público en internacional y público *interno*.

Pero abandona inmediatamente las distinciones que, ahondando en esta clasificación, resultan, para tomar en cuenta otros aspectos más esenciales del derecho político ó constitucional, como rama de las ciencias *jurídicas* y *políticas*.

Preciso es reconocer con el autor la vaguedad de los

---

(1) *Principii di diritto constitucionale*, lib. I, capítulos III y IV. En parte pueden servir estas explicaciones del texto, como contestación á ciertas dudas presentadas por el Sr. Orlando en su crítica de la primera parte de este TRATADO en el *Archivio di Diritto pubblico* de Mayo-Junio de 1893. (Palermo.)

(2) Giner y Calderón, *Principios de derecho natural*.

Digitized by Google

conceptos y la falta de precisión de los términos que reinan cuando se trata de fijar el carácter social y jurídico de nuestra ciencia y de *diferenciarla* en el organismo general de las políticas y sociales. Pero también debe notarse que no se procura evitar tal estado de cosas, equiparando el significado de términos como los de *constitucional* y *político*, que tienen histórica, y deben tener filosóficamente, un valor científico distinto.

No es conveniente, á mi modo de ver, por ejemplo, para contribuir á constituir la enciclopedia de la ciencia política, acentuar, como á su manera hace Orlando, la oposición entre ciencias sociales y políticas y entre ciencias políticas y jurídicas, ni es exacto que el grupo de ciencias que estudia el Estado, prescindiendo de sus relaciones sociales, lo formen el *derecho* CONSTITUCIONAL y la *política*.

Las ciencias políticas son necesariamente sociales. De la *sociedad* constituída en *Estado* tratan y han de tener en cuenta todos los elementos y condiciones del *ser social* (1) para determinar la naturaleza, relaciones y demás de su objeto, si quieren evitar el escollo del formalismo abstracto que hace del Estado obra artificial y caprichosa de la voluntad humana.

Las ciencias políticas son en el fondo ciencias jurídicas, porque no hay abstracción capaz de quitar el aspecto jurídico al Estado, que es esencialmente institución para el derecho.

---

(1) Esta íntima conexión de lo social y de lo político, como de lo jurídico y de lo político, procuramos ponerla de manifiesto en la *Teoría del Estado*. En el libro de Schaffle, *Estructura y vida del cuerpo social*, se puede ver clara la conexión primera, no así la segunda.

Digitized by Google

En cuanto á que el *derecho constitucional* y la *política* sean la ciencia del *Estado en sí*, no es, á mi ver, exacto. En primer lugar, la política no puede ni debe oponerse como término de igual extensión al derecho constitucional, aun valiendo éste como *político*. La política debe conceptuarse, acentuando modernamente el sentido aristotélico, como la ciencia del Estado, como el núcleo y centro de todas las ciencias particulares del Estado. No es que sea una ciencia particular (1), ni el derecho político comprende otra cosa que el aspecto jurídico del Estado, como la Economía el económico, la Historia el histórico, la Administración el administrativo, etc., etc.

Mas prescindiendo de esto, lo que ahora importa advertir es que toda la investigación de Orlando (que por otra parte recuerda en ciertos detalles la de Bluntschli) (2), se dirige, al determinar el concepto del derecho constitucional, á fijar la distinción entre la política y el derecho político (político-constitucional), distinción que encuentra difícil, si no imposible, de establecer. «Dado el sentido y alcance, dice, que actualmente tiene nuestra ciencia, será difícil, y quizá imposible, crear una *ciencia de la política* completamente distinta del derecho constitucional» (3), entre otras razones, porque no se sabe separar el elemento general político del Estado de su derecho positivo.

Y también añadiré, por mi parte, por qué no se procura distinguir, en primer término, la política como ciencia y

---

(1) Véanse nuestras notas al cap. I de los *Principios de política*, de Holtzendorff.

(2) *Derecho político universal.*

(3) Obra citada, páginas 30 y 31.

Digitized by Google

arte del Estado (todo lo del Estado es político), de su derecho el derecho de Estado, y en éste los aspectos filosófico ó fundamental del histórico, que entraña una riquísima variedad de determinaciones, según que se trate de un pueblo, de una época, del desarrollo temporal de las ideas, de su aplicación en un momento dado, etc., etc., sin olvidar, además, que cada una de estas determinaciones históricas, y la historia toda concedida como evolución total del derecho del Estado, tienen su teoría especial, que viene á ser la razón que explica y justifica ó condena las manifestaciones fenomenales que constituyen el contenido aparente de lo histórico.

Ahora bien: de mucho de esto se prescinde cuando se equipara el derecho político y el constitucional, según luego veremos.

Pero sigamos con Orlando. Hechas las indicaciones á que aludo, el distinguido tratadista define su ciencia (derecho constitucional) como aquella que «tiene por objeto el estudio del *Derecho que se refiere al Estado*, ó más brevemente el *Derecho del Estado*. Concepto, añade, que los escritores alemanes reproducen exactamente en la palabra *Staatsrechts*» (1). «Concebida así nuestra ciencia, escribe más adelante, como *Derecho del Estado* se prestaría á una natural distinción..... En primer término, puede la noción del Estado concebirse independientemente de toda forma positiva; en este sentido la teoría del Estado tendría por objeto los elementos esenciales del mismo, los principios que lo informan, los tipos principales históricos.....» Ciencia esta que el autor, con gran acierto, distingue y separa de

(1) Obra citada, pág. 33.

Digitized by Google

la filosofía del derecho, proponiendo, no con tan buen acierto, denominarlo *Derecho* PÚBLICO *general.* «De otro lado la ciencia podría tener por objeto, como ocurre en el derecho privado, la organización jurídica de un pueblo determinado, con la que tendríamos el concepto de un *Derecho público positivo*» (1).

Fíjase, por fin, Orlando, para dar autoridad mayor á esta manera de separar los dos aspectos de la ciencia del derecho político ó constitucional, en la distinción que han sabido establecer los tratadistas alemanes entre lo que llaman *allgemeines Staatsrecht* (el libro de Bluntschli, por ejemplo), y lo que denominan *deutsches Staatrechts.* (Derecho político alemán: por ejemplo, los tratados de F. Gerber, Laband, Rönne, Schulze, etc., etc.)

3. ¿Puede admitirse como exacto y conveniente el supuesto de que parte Orlando y de que parten muchos, al no proceder, ante todo, distinguiendo y fijando el concepto real é histórico del derecho constitucional como término que indudablemente tiene y debe tener una significación propia?

Por de pronto, el mismo Orlando afirma que sería conveniente prescindir de la expresión «*Diritto costitucionale*», porque es viciosa y dada á no pocas confusiones. Las confusiones, sin embargo, nacen de no tener en cuenta que la expresión de que se trata tiene un valor histórico limitado, y en cuanto limitado é histórico, aceptable y hasta exacto y conveniente.

La misma tecnología alemana, que sin duda alguna tiene una importancia muy especial por el desarrollo que

(1) Obra citada, páginas 33 y 34.

Digitized by Google

allí alcanza la ciencia política, nos proporciona elementos suficientes para dar á cada expresión su valor. Cierto es que los tratadistas alemanes emplean, para denominar el derecho del Estado, el *Staatsrecht*, que yo traduzco por derecho político y no por derecho público (*Droit public*, *Diritto pubblico*), pues para derecho público tienen en Alemania *Offentlichesrecht* (1). Pero *Staatsrecht*, abarca todo el derecho del Estado, cual, dentro de ciertas proporciones, todavía puede verse en Bluntschli, y es cosa muy distinta del derecho constitucional, para el cual los alemanes tienen *Verfassungsrecht*, como expresión que entraña el derecho del Estado, según la concepción moderna de éste, como *Estado de derecho* ó Estado constitucional que dice Holtzendorff (2) (*Rechsstaat* de Mohl, Ahrens, Bähr, etc.) (3).

4. Muchos tratadistas italianos, que el propio Orlando cita, se inclinan también á dar al derecho constitucional un significado restringido, si bien no partiendo de la distinción fundamental de que conceptúo necesario partir. Así, el derecho constitucional considérase por algunos como «estudio de las Constituciones de los países libres» (Casanova y Palma); por otros, como «estudio de las Constituciones de los Estados regidos con forma representativa» (Arcoleo y Brunialti); por otros, en fin, como «estudio de las Constituciones de los Estados regidos bajo la forma monárquica representativa» (Saredo).

---

(1) Las significaciones á que aludo en el texto las he consultado cuando traducía la obra de Política de Holtzendorff con éste, quien encontró exactas mis distinciones. Véanse las notas á la traducción española de sus *Principios de Política*, lib. I, cap. I.

(2) Obra citada, lib. II, cap. I.

(3) *Rechsstaats* de V. Bähr.—Ahrens, *Organische Staatslehre*.

Digitized by Google

Naturalmente, hay que prescindir por completo de esta última significación, que nada justifica, pues según ella no podía haber derecho constitucional en las Repúblicas (¡!). Pero atendiendo á las otras dos y teniendo en cuenta lo que se quiere decir con *países libres* y *forma representativa*, se ve bien claro que lo que se pide es el estudio del régimen político moderno, ó sea constitucional. Se tiende, como el mismo Orlando reconoce, á estudiar «el tipo del Estado, según surge de las condiciones políticas modernas de los pueblos civilizados, principalmente europeos y americanos» (1), estudio del que en Italia se tiene un luminoso ejemplo en el libro de Mosea, *Las Constituciones modernas*, y del que son modelos el libro de Burgess (2), y en ciertos límites más estrechos el de Dicey (3), la segunda mitad acaso del de Woolsey (4), el de Laveleye (5) y otros que á su tiempo se irán citando.

5. En mi sentir se debe fijar el concepto del derecho constitucional y el de su posición en la ciencia política de este modo:

La política es la ciencia del Estado: el derecho político es el derecho del Estado político, totalmente considerado, según la concepción filosófica, el desarrollo evolutivo histórico, la crítica y la determinación del ideal (6), y el derecho constitucional es la expresión más adecuada y con-

---

(1) *Le Costituzioni moderne.*
(2) *Political science and comparative constitutional Law.*
(3) *The Law of the constitution.*
(4) *Political science.*
(5) *Le Gouvernement dans la démocratie.*
(6) Se ha desarrollado esta teoría en los *Principios del derecho político.* Introducción.

Digitized by Google

veniente para señalar el derecho político de los Estados contemporáneos, de quien por antonomasia se dice que son constitucionales, con el significado y alcance *jurídicos* que las Constituciones tienen, según hemos visto en el capítulo I.

Se trata, pues, en la ciencia constitucional, de un estudio limitado, en cuanto á su extensión, por el espacio y por el tiempo; comprende una de las formas bajo que en la evolución histórica se revela el Estado, como forma del Estado nacional que tiene ó empieza á tener conciencia de su destino político. Supone además tal estudio un problema de carácter filosófico-histórico en el fondo, en cuanto esencialmente implica la relación especial del ideal político con las circunstancias efectivas y reales, históricas, de los modernos tiempos.

¿De qué manera, pregunta el derecho constitucional, viven y se rigen los Estados modernos? ¿Cómo se satisface en ellos la necesidad que el hombre experimenta de vivir en el Estado?

6. Esto supuesto, el estudio completo del derecho constitucional exige, á modo de preparación necesaria, el conocimiento del derecho político; en sus nociones fundamentales: una teoría del Estado, es su condición previa.

En sí mismo, además, entraña el derecho constitucional problemas independientes, que son el resultado de los varios aspectos bajo que el objeto se puede considerar.

En primer término, el derecho constitucional, aunque expresión temporal en el espacio del derecho político, aun cuando sea asunto histórico, por cuanto se refiere á manifestaciones fenomenales positivas, implica una teoría, no meramente general, sino filosófica del mismo, y en la cual

Digitized by Google

se comprenden los principios fundamentales del derecho político, según son éstos vistos, conocidos y vividos en el tiempo y lugar dados que el derecho constitucional supone.

Hay por tanto:

1.° Una *Filosofía del derecho constitucional*, que es la filosofía del derecho político contemporáneo, en las condiciones especiales de los pueblos indicados.

Luego el derecho constitucional puede ser más ó menos amplio, según los límites históricos y geográficos en que se quiera ó convenga estudiarlo.

Una historia plena y completa del derecho constitucional abarcaría desde los precedentes y orígenes del mismo, siguiendo la expansión total del régimen por todos los pueblos en los que, ya espontáneamente, ya por la acción de una imitación irresistible, se estableció hasta el momento presente, indicando al fin, como en síntesis, el estado actual de las Constituciones políticas constitucionales con los recíprocos influjos que entre las mismas se ejercen de un modo constante.

Otra ciencia resulta de aquí, á saber:

2.° *La historia del derecho constitucional.*

Y hay además:

3.° Una *Crítica de la Historia* encaminada á ver cómo se han realizado, en las condiciones generales de la vida moderna y en las particulares de cada Estado, las ideas del derecho constitucional.

No es mi intención abarcar en este libro el derecho constitucional en toda la amplitud enciclopédica del mismo. Luego veremos con detalles el plan de la obra. Por ahora bastará decir que, sin distinguir separadamente la tres ciencias ó aspectos señalados del derecho constitucional, ni

Digitized by Google

menos comprender y desarrollar todos los detalles de la investigación filosófica, histórica y crítica, me propongo recoger de los hechos aquellas manifestaciones más típicas, más originales, más opuestas, más complementarias unas de otras, en las que el derecho constitucional se viene revelando hasta el día.

Mi deseo es: 1.° Descubrir, mediante el estudio de esas manifestaciones, el paso que el derecho constitucional significa hacia la más plena realización del ideal político. 2.° Poner de relieve las formas distintas bajo que los pueblos más importantes, los que señalan algo así como las *variedades* de la especie y que influyeron é influyen más poderosamente en el mundo, han interpretado prácticamente los principios y el ideal de las Constituciones. Y 3.° Exponer el mecanismo temporal y transitorio, mediante el que los pueblos modernos, cada uno á su modo, entienden garantir y realizar el fin del derecho en el Estado y por el Estado.

7. El estudio del derecho constitucional, cuyo concepto queda expuesto, hecho en la forma indicada, pone en claro, si no de un modo explícito, á lo menos implícitamente, una cuestión que desde luego se ocurre siempre que de Constituciones contemporáneas se trate. Esa cuestión es la siguiente: ¿en qué relación se halla la Constitución que es objeto de especial examen con el ideal á que los pueblos tienden? En nuestro caso, la cuestión puede formularse de este modo: ¿Cuál es el porvenir del derecho constitucional? ¿Puede conceptuarse como una forma definitiva, ó puede, por el contrario, sostenerse que tan sólo se trata de una posición temporal en absoluto, de una forma perfectamente transitoria?

Digitized by Google

Difícil es, ahora sobre todo, en que no están present s los datos del derecho constitucional, resolver la cuestión; pero aun teniéndolos á la vista, la dificultad no estaría vencida por completo, pues á ello se opone una razón de perspectiva histórica. Estamos, en efecto, viviendo en pleno derecho constitucional, y no podemos apreciarlo con aquella *objetividad* que el juicio sincero, imparcial, desapasionado..... racional, en suma, exige.

Lo que puede, creo yo, asegurarse, es que la humanidad, con haber iniciado la tendencia del derecho constitucional como aspiración á una aplicación reflexiva del criterio jurídico á la vida de los gobernantes, dió un paso de gigante en el camino del ideal. Así no es aventurado suponer, antes es un postulado de la vida racional humana, que el porvenir reserva condiciones cada vez más favorables á una tendencia que, después de todo, es la que pide el pleno imperio de la justicia en el mundo.

¿Quién puede negar que cuanto signifique extirpación de la arbitrariedad, amplificación de la esfera en que el derecho se viva, penetración del sentido jurídico por todas partes, adaptación sincera, espontánea y reflexiva á la vez, al ideal de paz y de justicia, es acentuar el progreso y comulgar con el porvenir?

Pero esto no quiere decir que sea condición de este porvenir y exigencia permanente la *forma* actual del derecho constitucional. Todo lo que es pura *forma exterior*, todo lo que no es en sí mismo la propia idea del derecho (por ejemplo, el carácter *representativo* de esta ó de aquella manera del Estado constitucional), es de seguro transitoria y variable.

Creer, como algunos creen, que la humanidad debe estar

Digitized by Google

ya definitivamente satisfecha con haber escrito en un documento solemne, la *ley* de vida del poder; creer que el régimen parlamentario sea en parte alguna lo último y mejor á que la humanidad pueda aspirar, y que eso de la división de los poderes, las cámaras, el poder moderador, la responsabilidad de los ministros, etc., etc., son dogmas inmutables y eternos, es desconocer por completo las exigencias de la historia y el valor y sentido de los hechos. Todo lo que se nos ofrece *escrito* en las Constituciones como expresión de una garantía exterior, todo cuanto hay en las Constituciones políticas con el carácter mecánico de mero equilibrio y ponderación de fuerzas, cuanto es pura forma de organización, todo es perfecta, absolutamente transitorio; es el medio ó medios que ahora, en el siglo XIX, se han conceptuado como mejores para obtener ciertas apariencias y hasta realidades á veces, que son otros tantos supuestos de un orden y de una paz jurídicas deseables. Puede, sí, decirse que eficaces ó ineficaces, escritas sólo en el papel (como hay tantas) ó escritas en la conciencia humana, las medidas políticas del régimen mecánico moderno, suponen un cierto presentimiento más ó menos certero de lo que debe ser la sociedad constituída en pleno y verdadero *Estado de derecho*.

Si la razón por sí misma no vislumbrase esto que sostenemos, desde luego bastaría fijarse: 1.°, en que el Estado nacional contemporáneo, para quien se han ideado las actuales instituciones políticas, no es el más perfecto ni el definitivo Estado (1); 2.°, en las diferencias radicales que existen entre las instituciones constitucionales coetáneas de los

(1) Véase la *Teoría del Estado*, lib. I.

Digitized by Google

diversos pueblos, y 3.°, en que ya no puede decirse que estemos en pleno florecimiento de las instituciones á que este primer impulso del derecho constitucional nos ha llevado. Recuérdese á este propósito el descrédito creciente del régimen parlamentario, y las tendencias cada día más acentuadas hacia un régimen menos formalista, en donde se conceda menos valor á las meras garantías legales ó mecánicas, que nada garantizan eficazmente.

8. Pasemos ya á procurar determinar lo que *en concreto* debe entenderse por derecho constitucional, ó sea lo que es este derecho en la esfera real del derecho positivo, considerando á la vez el elemento fundamental y permanente y el transitorio é histórico, estrecha é íntimamente unidos y compenetrados.

Es este concepto, como se ve, diferente del anterior. El anterior nos ha dado el significativo filosófico de la expresión científica: derecho constitucional. En el que ahora intentamos ya no se trata de eso. Supuesto que el derecho constitucional es una forma histórico-jurídica del Estado, la que supone el régimen político de las Constituciones, la cuestión que ahora nos interesa, puede formularse en estos ó análogos términos: ¿qué es lo que en el organismo total de las relaciones jurídicas de los pueblos modernos debe reputarse como derecho constitucional? ¿Qué esfera de vida regula éste concretamente? ¿Qué caracteres reviste para poder diferenciarlo de las demás ramas del derecho positivo?

Tiene varios aspectos la cuestión, originados en la diversidad de condiciones del desenvolvimiento histórico de las Constituciones positivas. Pero antes de proceder á su examen debemos advertir que *à priori* puede señalarse un lí-

Digitized by Google

mite al derecho constitucional, afirmando que abarca todo el derecho relativo á la vida de cada Estado nacional moderno *en sí mismo*. El límite este es, sin embargo, de una gran indeterminación. Sólo sirve como criterio esencial, como guía.

9. Para penetrar ya en el fondo del problema y explicar los varios aspectos á que se alude antes, es preciso fijarse en las ideas fundamentales, á que históricamente responde el derecho constitucional moderno, ideas que determinan sus caracteres diferenciales, transitorios, sin duda, muchos de ellos.

En efecto, el derecho constitucional en todos los Estados, á partir de Inglaterra, tiene una importancia excepcional, adquirida por ser la esfera concreta y definida de la actividad jurídica, referida al ejercicio de la soberanía política por los Estados, mediante representación. Entraña, después de todo, la solución práctica temporal, en armónica síntesis, de la antinomia tradicional característica del antiguo régimen, entre el soberano y el súbdito, por lo que aquél, sin dejar de serlo, *se somete* por acto libre, personal, á la ley jurídica, que emana de su propia conciencia. El soberano es súbdito, no de la fuerza material del poder, sino del imperio moral del derecho.

Naturalmente, esta solución no se ha producido en la historia con la claridad y determinación ahí supuestas. La presienten los pueblos, y su presentimiento es precisamente lo que les caracteriza; pero la noción á que aludo queda siempre vaga, flotante, indefinida, mil veces negada á fuerza de afirmarla; como, por ejemplo, ha ocurrido muy á menudo en Francia con el régimen brutal de las mayorías. Así se comprende que el derecho constitucional, como

Digitized by Google

derecho relativo á la conducta del Estado, al ejercicio por éste del atributo de la soberanía, viva aún hoy en una verdadera confusión; y se comprende que habiendo significado la formación del derecho constitucional un cambio radical en el criterio gubernamental, una conquista difícil por grandes masas de hombres, substraídos antes al ejercicio del poder político, una transformación, en suma, de una organización fundada en la teoría de la soberanía trascendental (soberanía del rey, soberanía patrimonial, soberanía de un órgano del Estado), en una organización fundada en la teoría de la soberanía inmanente (1) (soberanía atributo del todo social, soberanía del pueblo, soberanía de la nación, soberanía del Estado), se comprende, repito, que el derecho constitucional se produzca con caracteres y notas especiales, temporales sin duda, pero que tienen una significación y una importancia indiscutibles.

Prueba positiva de esto que digo, la tenemos en las gravísimas dificultades con que se tropieza por los tratadistas y por los legisladores para definirlo, tanto en los pueblos donde, como en Inglaterra ó Hungría, el derecho constitucional no es predominantemente escrito, cuanto en aquellos otros pueblos donde hay Constitución ó Constituciones escritas y codificadas.

¿Qué es lo que debe entenderse por la Constitución inglesa? ¿Qué materias deben comprenderse en una Constitución? ¿Basta, dice muy acertadamente Jona (2), que una disposición legislativa se halle incluída en la *Carta*, para conferirle el carácter de constitucional? ¿Es qué lo constitu-

(1) Salmerón, *Discursos parlamentarios*, t. I.
(2) *La Riforme delle Leggi costituzionali*, pág. 35.

Digitized by Google

cional debe ser un orden excepcional, más ó menos amplio dentro del orden general jurídico? ¿Deben conceptuarse como esenciales en el derecho constitucional, ciertas solemnidades relativas al procedimiento para su elaboración, que lo distinga del resto del derecho positivo? ¿Acaso, en aquellos pueblos donde el derecho constitucional está codificado, no hay más derecho constitucional que el codificado?.....

Cuestiones son estas y otras más que pudieran añadirse, que revelan bien á las claras la dificultad que existe para orientarse en el estudio del derecho constitucional, mediante la determinación de su concepto jurídico positivo. No voy á contestar inmediatamente á todas ellas. El desarrollo de mis sucesivos razonamientos será la mejor contestación. Pero si no me entretengo directamente en esto, sí intentaré determinar el concepto del derecho constitucional en el derecho positivo, mediante un estudio de lo que en definitiva se comprende como Constitución inglesa y la breve comparación de algunas Constituciones escritas.

10. En los Estados donde impera el régimen de las Constituciones escritas, parece como que no hay problema posible. El derecho constitucional es..... la Constitución, y á todo más, ciertas leyes de carácter análogo. Así lo entienden la mayoría de las gentes, por no decir la mayoría de los autores. Pero ya veremos cuán incompleto es semejante concepto.

En Inglaterra, donde aun cuando hay derecho escrito constitucional, no hay un código político (1), el problema

(1) Véase Burgess, obra citada, t. I. Se trata este punto con detenimiento más adelante.

Digitized by Google

se plantea con más amplitud y libertad. Como que cabe empezar preguntando por lo que es la misma Constitución, cuál es su esfera, qué leyes la forman, sobre qué objeto ú objetos recae.

Ahora bien: para caminar con paso firme en tan intrincado laberinto, podemos tomar un guía, reputado como ducho y conocedor de todos los resortes y secretos de tan difícil derecho constitucional. Aludo á Dicey, quien en su hermoso libro *Introducción al estudio del Derecho de la Constitución* (1), se propone precisamente idéntico problema, procurando en el capítulo preliminar determinar la *verdadera naturaleza del derecho constitucional.*

Prescindiremos de las interesantes consideraciones que el autor hace respecto del criterio con que hoy se juzgan las bondades relativas de la Constitución inglesa, tan diferente de aquel con que los Burke (2) y los Hallam (3) las juzgaban en tiempos no muy lejanos, y prescindiremos también por ahora, de señalar las dificultades con que el comentarista y expositor de la Constitución inglesa tropieza, para fijarnos sólo en este punto concreto: ¿qué es en Inglaterra propiamente el derecho constitucional?

Por de pronto, según el desarrollo total del libro de Dicey, que, como *Introducción*, determina el objeto de su ciencia, y según el contenido que suelen abarcar los libros de los más distinguidos comentaristas, el derecho constitucional se refiere en principio al ejercicio de la soberanía por

(1) *Introduction to the study of the Law of the Constitution*, por A V. Dicey (tercera edición, 1889), capítulo de introducción.

(2) *Works* (edición 1872), pág. 114.

(3) *Middle Ages*, pág. 267.

Digitized by Google

el Parlamento, entendiéndose por éste ordinariamente las dos Cámaras y el Rey, bajo el imperio directo de la opinión pública, que tiene, según ha demostrado Burgess plenamente, su órgano propio para los casos extraordinarios relativos á la formación ó transformación expresa del mismo derecho constitucional, en la Cámara de los Comunes (1). Abarca, además, según puede inferirse de lo que Dicey escribe, todo el conjunto de condiciones que hacen posible ó efectivo el imperio de la ley ó del derecho; por donde se ve la estrecha é íntima relación que en otro lugar señalamos entre el Derecho constitucional y el *Rechtsstaat* de los teóricos alemanes.

Esto supuesto, el derecho constitucional tiene que comprender, como función propia de su actividad, de un modo directo: 1.° la organización del Estado como Estado nacional (vida del Parlamento interior y exterior, relaciones de las Cámaras, Gabinete, prerrogativas reales, tribunales, etc.), y 2.° la acción constante de la opinión pública con los medios y procedimientos ideados para ejercer su influjo (reuniones, partidos políticos, prensa, propaganda, elecciones, etc., etc.); y de un modo indirecto el espíritu general de la acción individual y colectiva en el gobierno del Estado, mediante el pleno ejercicio de los derechos todos, bajo el imperio constante de las leyes ó del derecho.

Esto, en cuanto al contenido. Falta lo que pudiéramos llamar la forma, ó lo que es igual, falta determinar ó interpretar cuáles son en la práctica las que deben reputarse

(1) Se explicará esto más tarde. Burgess considera la Cámara de los Comunes como el asiento, por decirlo así, del Estado, á diferencia del Gobierno (Comunes, Lores y el Rey).

Digitized by Google

como disposiciones jurídicas relativas á ese mismo contenido.

Aquí es en donde se presentan las mayores dificultades en la Constitución inglesa, dificultades, por lo demás, que no faltan en las otras Constituciones, y que sólo pueden salvarse con una exacta determinación del concepto que buscamos (1).

Tocante á la referida Constitución, empezamos por encontrarnos con que varía la definición de su carácter y límites, según el criterio y propósito científicos con que se la estudie. Así advierte oportunamente Dicey (2) que entre los guías á que puede acudirse para orientarse en el derecho constitucional inglés, á falta del guía natural de los textos, hay una diferencia bastante radical, según que se trata de juristas como Blackstone (3), de historiadores como Hallam, Freeman ó Stubbs (4), y de teóricos de la política como Hearne ó Bagehot (5). Á fiarse de los primeros, el derecho constitucional inglés hállase perfectamente contenido en las leyes y fórmulas tradicionales, no derogadas éstas de un modo explícito, pero muchas de ellas, como afirma Dicey, *unrealites* (sin realidad práctica). Blackstone, en sus *Comentarios*, trata al rey actual como si poseyera y ejerciera los mismos poderes y funciones que tenía Guillermo el *Conquistador*. Así el rey nombra los ministros, hace las leyes, la guerra, la paz, administra justicia,

(1) Véase luego, cuando se trate de la fijación de las fuentes del Derecho constitucional político.
(2) Obra citada, pág. 6.
(3) Dicey, obra citada, pág. 7.
(4) Idem, pág. 11.
(5) Idem, pág. 19.

Digitized by Google

disuelve los Parlamentos, tiene el veto, etc., etc., prerrogativas todas éstas aparentes hoy día. Los historiadores, por su parte, no concretan ni formulan ó definen el organismo actual de la Constitución: dan una importancia casi exclusiva al aspecto evolutivo, desdeñando el derecho vigente. Con estos historiadores se asiste á la producción de la Constitución, pero no se contempla cómo actúa en los momentos presentes. Por fin, Hearne y Bagehot prescinden del aspecto jurídico para fijarse sólo en el político, determinando el juego constante de las *fuerzas* que constituyen el Estado, no bajo el principio fundamental que supone la sujeción á una norma expresa ó tácita, sino en la libre combinación de las tendencias y aspiraciones públicas.

Ahora bien; á pesar de lo diferente y opuesto de estos criterios, completándolos y compenetrando sus diferentes resultados, se puede encontrar una verdadera orientación. Es lo que hace á su modo Dicey. No desdeña este autor el desarrollo histórico de la Constitución; obedeciendo á una necesidad imperiosa en la Constitución inglesa, necesidad sentida hoy en todas las investigaciones positivas, tiene en cuenta la evolución de las instituciones para definir su forma actual. Y al fijar ésta, recogiendo las enseñanzas de los juristas y de los políticos, llega á la conclusión siguiente: en la Constitución inglesa hay un elemento *legal* y un elemento *convencional* (político). El elemento legal está constituído por una serie de *rules* escritas ó no, y contenidas, bien en los Estatutos, bien en el *Common Law* (1).

(1) Más adelante se tratará de fijar y clasificar las fuentes de este derecho. Seguiremos entonces el criterio de Boutmy, hoy muy admitido y recomendado.

Digitized by Google

Son éstas en general leyes, porque encuentran su sanción ante los Tribunales. Para Dicey, he ahí el *Derecho constitucional en sentido estricto*. El *convencional* está constituído por usos, prácticas, costumbres, los cuales, si bien es verdad que regulan en parte la conducta de los diferentes miembros del Gobierno, no son, en realidad, leyes porque no pueden recabar una sanción ante los Tribunales; así, por ejemplo, la necesidad en que el rey se encuentra de cambiar el Ministerio que no cuenta con la confianza de la Cámara.

11. Tiene, sin duda, mucha importancia esta manera de fijar la esfera del derecho constitucional inglés, y es aprovechable el criterio para aplicarlo á los demás países. Pero pueden dirigírsele algunas observaciones. Resulta, según Dicey, una oposición ó meramente distinción de lo jurídico y de lo político inexacta, tan inexacta como lo es el supuesto de que se parte, y según el cual, lo característico de lo jurídico está en la sanción de los Tribunales. Todo lo político es jurídico, y en la Constitución todo tiene que ser en un aspecto jurídico. Lo que hay es que el derecho constitucional inglés, como todos los demás, tiene un elemento *más fijo* y determinado, con los caracteres distintivos del derecho positivo (escrito ó no), y un elemento *más movible*, aquel que Holtzendorff (1) conceptúa como el propio campo de la política, por ser la esfera libre y permisiva de la acción en el Estado. Este último elemento no tiene siempre los caracteres externos que se reputan como distintivos del derecho político, pero es derecho al fin, porque á la conducta libre de los representantes del Estado se refiere.

(1) Obra citada, libros I y II.

Digitized by Google

La explicación de cómo revisten ciertas reglas de la vida política la forma de meras convenciones, usos, prácticas y costumbres extra-ley, consentidos por todos, está en la manera con que se procedió y se procede al formar y transformar el derecho constitucional. Tiene en ese campo una importancia excepcional, como veremos, la ficción, como la tuvo en el derecho privado romano, y por razones análogas, por ejemplo, no querer romper de frente con las leyes y con las ideas tradicionales, y menos aun con los *preceptos legales* (1).

Interpretada en la forma que acaba de hacerse la doctrina de Dicey, el resultado útil que para nuestro objeto podemos recoger es el de que el derecho constitucional inglés hállase contenido en leyes, costumbres, usos y prácticas, y que, por tanto, tiene una amplísima esfera de acción desde el punto de vista exterior, formal y positivo.

12. Y vamos ya á considerar las Constituciones escritas.

Un Estado que tiene su derecho constitucional definido y ordenado expresamente en una ley ó Código, ó en varias leyes declaradas constitucionales, ¿puede considerarse que ha conseguido diferenciarlo y limitarlo de un modo que no ofrezca duda? Ó en otros términos: ¿La Constitución escrita implica un trabajo de selección ó de diferenciación por virtud del cual se ha logrado llegar á separar adecuada y completamente la ley constitucional de la ley ordinaria? ¿No hay, por tanto, más derecho constitucional que el de la Constitución?

No deja de tener partidarios la respuesta afirmativa á estas cuestiones. Es el sentido más corriente entre los po-

(1) En el capítulo siguiente será ocasión de tratar este punto.

Digitized by Google

líticos que viven de las impresiones inmediatas y bajo los prejuicios del momento.

13. ¿Pero es que entonces el derecho constitucional depende de la voluntad del legislador? Porque según eso, lo que en Francia no es derecho constitucional puede serlo en España; por ejemplo, la declaración de derechos, no contenida hoy en las leyes constitucionales francesas de 1875. Por otra parte, nada ha variado tanto como la extensión de la Constitución y el criterio de lo que es constitucional. Por ejemplo, en América, la Constitución de Virginia de 1776 tenía cuatro páginas en 4.°; mientras la de 1830 tenía siete; la de 1850, 18, y la vigente de 1870 tiene 22. La Constitución de New-Hampshire de 1776 contaba unas 600 palabras. La del Misuri de 1875 tiene actualmente 26.000 (1). La Constitución para España de 1808 tenía 145 artículos; llegaba la de 1812 á 384; sólo tenía 50 el Estatuto Real; 74, con dos adicionales, la Constitución de 1837, y 80 la de 1845. La Constitución *non nata* de 1856 tenía 92 y un artículo transitorio; la de 1869, 112 y dos disposiciones transitorias, y por fin la vigente de 1876, tiene 89 artículos, más uno transitorio también.

Además, hay Constituciones que nada dicen respecto del carácter constitucional ó no de las leyes. (La española de 1876 guarda en esto un silencio absoluto.) Otras, en cambio, definen la ley constitucional. Así, por ejemplo, la portuguesa de 1826, en su artículo 144, y la del Brasil de 1824, en su artículo 178, dicen que sólo son constitucionales las leyes que fijan los límites y las atribuciones de los poderes públicos y los derechos individuales de los

(1) Bryce, *The American Commonwealth*, t. I, pág.. 438.

Digitized by Google

ciudadanos. Nuestra Constitución de 1856 hacía más: en su art. 92 consideraba como parte integrante de la Constitución las *bases* de unas cuantas leyes *orgánicas*, tales como la electoral, la de relaciones entre los cuerpos colegisladores, la provincial y municipal, la de imprenta y..... hasta la de la Milicia Nacional.

Realmente es necesario considerar la Constitución con un valor muy relativo (grandísimo siempre), para determinar el concepto del derecho constitucional, porque su redacción depende de circunstancias muy variables, muy accidentales, esencialmente fortuitas, que en modo alguno sirven para tenidas como base de criterio en el problema que examinamos.

En efecto; la mayor ó menor extensión de la Constitución debióse muchas veces á la confianza mayor ó menor depositada por los ciudadanos en los representantes del Estado. En América, esto de la confianza ha desempeñado un papel decisivo (1). En Europa, la extensión de las Constituciones ha dependido, en ocasiones, como en Francia y en España, del momento en que se procedía á redactarlas. La de 1812, española, tiene una amplitud tan desmedida, porque es la primera en realidad (la de 1808 no puede contarse), y como primera se quiso contener en ella la organización completa y detallada del Estado, y algo que sin referirse al Estado significaba una conquista legislativa análoga en su alcance. Por una causa semejante tiene la extensión que tiene la de 1869: inicia en España un régimen en cierto sentido completamente nuevo. Razones políticas que significan una fuerte reacción de desconfianza y de temor

(1) Véase Borgeaud, obra citada, pág. 51.

Digitized by Google

á los períodos constituyentes, explican la reducción al mínimum de disposiciones á que han llegado las leyes constitucionales vigentes en Francia desde 1875.

Por otra parte, esos caracteres que expresamente se dan por las leyes mismas á aquellas disposiciones que se denominan por antonomasia constitucionales, por ejemplo, las solemnidades especiales para su reforma dependen por un lado de la importancia excepcional que en nuestros tiempos tiene en casi todos los países el derecho que estudiamos, y por otro del imperio é influjo que en el establecimiento y redacción de las Constituciones tuvo el criterio ideal, abstracto y *apriorístico* francés, y de la desconfianza sentida por los poderes nuevos (populares) hacia el elemento tradicional.....

Pero cuestión es esta que no puede tratarse en cuatro líneas, y de la que hablaremos más despacio cuando examinemos la reforma constitucional.

14. Ahora terminaré con el presente asunto rechazando, por todo lo expuesto, el criterio meramente legal de las Constituciones escritas; pues creo es preciso completar la teoría: del derecho constitucional legislado y codificado, con la teoría de la Constitución inglesa que dejo desarrollada, y en su vista, me parece que pueden aceptarse, respecto del concepto que investigamos, las dos siguientes conclusiones:

1.ª Refiérese al *contenido* del derecho constitucional. Según ella, éste abarca todo el derecho relativo: *a*) á la determinación del soberano en el Estado; *b*) al ejercicio de la soberanía política, mediante la organización social que constituye el Estado no oficial, y oficial ó gobierno; *c*) á las relaciones del Estado en cuanto por modo indirecto aclaran estas relaciones, el criterio práctico que preside el ejer-

Digitized by Google

cicio de la soberanía política. (Comprende esta última parte la doctrina de los derechos de la personalidad ampliamente entendida y desarrollada.)

2.ª Refiérese á la forma del derecho constitucional. Según ella, el derecho constitucional de cada pueblo hállase contenido en leyes, codificado ó no, costumbres, usos y prácticas políticas; en una palabra, el derecho constitucional toma las formas todas que afecta el derecho en la vida, con más aquellas que le son particularísimas en virtud de la estructura especial de sus órganos temporales.

Digitized by Google

CAPÍTULO IV.

FORMACIÓN JURÍDICA DE LAS CONSTITUCIONES. LA COSTUMBRE.

1. Vamos á ocuparnos en este capítulo de cómo se produce el derecho de las Constituciones, ó lo que es lo mismo, cómo se verifica la formación y transformación jurídica de los Estados políticos modernos.

Tiene la cuestión un doble aspecto: general y especial: general, en cuanto el derecho constitucional, al igual que cualquier otro derecho, se produce y vive bajo el imperio de las leyes de la biología jurídica; y especial, en cuanto se halla sometido á la ley particular de su naturaleza específica.

Considerada bajo su primer aspecto la cuestión, es preciso ver el derecho constitucional como obra total del sujeto activo del derecho, es decir, del Estado, como persona jurídica de las sociedades nacionales modernas. Vívese el derecho en ellas de aquel modo necesario é inevitable que resulta de la naturaleza misma de la persona, como condición esencial que es de todo ser racional, y en virtud de las exigencias imperiosas que éste tiene respecto de su conducta, que ha de adaptarse siempre, por determinaciones

Digitized by Google

libres de la voluntad, á la forma más adecuada y mejor, según la naturaleza de las cosas mismas (*el bien*) (1).

Considerada bajo el segundo aspecto, lo especial de la formación jurídica del derecho constitucional, depende sólo de la condiciones impuestas por su objeto y de las circunstancias históricas de su producción actual.

Sería en verdad, perfectamente erróneo, pensar que el derecho de las Constituciones, por referirse á la organización de los poderes del Estado, por contenerse ordinariamente en documentos expresos y solemnes, exija condiciones especiales de reflexión social y de atención pública particular, distintas, por ejemplo, de las de derecho civil.

Nada de eso.

Por de pronto, ya hemos visto, en el capítulo anterior, que el derecho constitucional se halla contenido en las formas todas del derecho, y ahora añadiré, que basta recordar cómo se vive el derecho, para comprender que no puede haber derecho alguno que esté exceptuado de esa primera exigencia general.

2. Así, en efecto, cuando se quiere comtemplar la obra jurídica-política de un pueblo, cuando se pretende definir el *total* derecho político de un Estado, no basta señalar específicamente las disposiciones *legales* relativas á su organización y demás. Es preciso abarcar totalmente al pueblo mismo, con todo cuanto es y cuanto vale, como ser social, en cuerpo y alma, como entidad substantiva en suma, y comprender en el derecho político las manifestaciones jurídicas referentes al Estado, ya sean generales, ya parciales, extensivas ó intensivas, menos solemnes y más solemnes,

(1) Véase en el t. I, lib. I, *Concepto del Estado.*

Digitized by Google

vulgares y artísticas, espontáneas y reflexivas. Y hay que *tomarlo* además en la vida misma, *haciéndose*, en plena evolución si se trata de un derecho actual, ó calculando la fuerza ó fuerzas de lo que vive, si se trata de un derecho histórico, ya realizado.

Sólo procediendo de ese modo, no se prescindirá de elemento alguno capital de cuantos contribuyen á dar éste ó aquel carácter á la obra jurídica de un pueblo, y se evitará el conceptuar como derecho no más que el puro aspecto formal, de la mera expresión legal, que en definitiva no es derecho, como no es un hombre un retrato, á reserva de olvidar el aspecto fundamental, ó sea el que resulta de la contemplación del esfuerzo constante que de modo ininterrumpido verifica con todas sus potencias el ser racional, para mantenerse como Estado que atiende mediante una ordenación particular de su vida, al cumplimiento perenne de su fin.

3. Fijándonos en el proceso del obrar del hombre en general, y en el de las sociedades también en general, según las leyes biológicas, el primero, y las sociológicas el segundo, descubriremos en el resultado total de cualesquiera de las direcciones de su actividad respectiva, dos maneras ó formas de producirse, á las cuales hemos aludido en la TEORÍA DEL ESTADO (1), y á las que implícitamente nos referimos en el número anterior.

Hay, en efecto, en la vida de todo ser racional (individual ó social) la obra constante, indeterminada, extensiva, espontánea, en la que de un modo más natural y sincero se revela la propia idiosincrasia del ser, como manifestación

(1) Véase lib. VIII, *Forma del Estado.*

Digitized by Google

que se produce sin que la reflexión dirija con cálculo, ni la voluntad se mueva por estímulos personales ideados, y hay además la otra interminente, determinada, interesada, específica, en la cual el ser pone á contribución sus facultades todas y se decide con pleno conocimiento (hasta donde es posible) de las complejas circunstancias del caso.

Aplicada esta teoría, que se funda en las investigaciones y resultados de la moderna biología y sociología (1), al derecho, tenemos una nueva y más concluyente justificación y explicación de las formas generales bajo que siempre se ha vivido, aun cuando hayan sido apreciadas en cada época de diferente modo, á saber: *la costumbre* y *la ley:* la *costumbre* como expresión constante del hacer jurídico vulgar, del todo; la *ley*, como expresión circunstancial y solemne del hacer jurídico reflexivo, con arte.

4. No voy aquí á explanar la teoría de estas formas jurídicas en general, pues esto excedería de los límites de esta indagación. Pero sí quiero á exponerla refiriéndome especialmente al derecho político constitucional.

Se debe empezar determinando el papel de la costumbre, porque es la primera en el orden del tiempo, como nadie puede poner en duda después, sobre todo, de las investigaciones modernas acerca del derecho primitivo (2), y porque siendo expresión del hacer político vulgar y general, lógicamente la costumbre, como manifestación más universal y menos preparada, precede á la ley, cuyas exigencias formales son mayores. Un pueblo puede vivir sin leyes (escritas) pero no vive sin costumbres.

(1) Véanse las obras á que aludimos en la TEORÍA DEL ESTADO de Darwin, Spencer, Schäfle, Fouillée, Taine, etc., etc.

(2) Sumner Maine, *Ancient Law;* Post. *Der Ursprung des Rechts*, etc.

Digitized by Google

Por lo demás, me detendré relativamente mucho en el estudio referente á la costumbre en el derecho constitucional: 1.°, porque es asunto que no ha sido tratado especialmente, como veremos, por los autores de política ni por los de filosofía del Derecho; y 2.°, porque es de una importancia capital señalar, no ya en el derecho de la Constitución inglesa, que todos reconocen como esencialmente consuetudinario, sino en los derechos de las Constituciones de los pueblos que se inspiran en el criterio *racional* del derecho francés, la parte que verdaderamente corresponde á la costumbre en su formación y en sus transformaciones reales y positivas.

5. Acerca de la costumbre como fuente del derecho constitucional, hace poco se publicó en Italia una interesante monografía (1) que proporciona, si no un criterio completamente aceptable en lo fundamental, datos bastante numerosos para poder formarlo. Refiérese la monografía, en general, al derecho público, pero contrayéndose especialmente al constitucional y al administrativo. Antes de este trabajo, lo que tocante al asunto podría citarse como clásico, si bien de escasa importancia, es lo que en la obra *Das Gowohheitsrechts* dice Puchta (2), y sobre todo, lo que, interpretando rectamente á Savigny (3), puede inferirse para el caso presente de su hermosa y trascendental teoría del origen y formación del derecho, aparte de las ligeras indicacio-

---

(1) Longo (A.) *Della consuetudine como fonte del diritto pubblico (costituzionale e amministrativo)*, en el *Archivio di Diritto pubblico*. (Palermo.) Año II, Fascículos 4-5-6 (1892).

(2) Páginas 225-239, vol. II.

(3) *Sistema del Derecho romano actual*, t. I.

Digitized by Google

nes que en algunos tratadistas como Mohl (1), Gerber (2), Meyer (3), Lüders (4), Palma (5) y otros pueden recogerse, con más los estudios especiales sobre un derecho positivo que naturalmente se contienen en todos los historiadores, comentaristas y expositores de la Constitución inglesa.

6. Sólo la excepcional importancia que en todos los Estados constitucionales (fuera de Inglaterra) alcanzó el elemento reflexivo aplicado á la formación solemne del derecho político, puede explicar que no se haya dado á este tema de la costumbre todo el desarrollo que merece. Sin duda alguna que la costumbre considéresela, según erróneamente se la ha considerado, como una ley tácitamente consentida ó como el punto de partida del derecho, como el derecho que de hecho se observa, sin que la autoridad oficial, gubernativa, la haya sancionado (sentido de la escuela histórica), tiene una importancia grande en el llamado derecho privado; pero no es menos cierto que esa importancia, antes de disminuir en el derecho político, más bien se acentúa y aumenta, porque al fin se trata del órgano en que el mismo derecho privado se produce.

En efecto; según de un modo definitivo é indiscutible sentó Savigny, el sujeto del derecho (social añadiré) es el pueblo. «En la conciencia común del pueblo vive el derecho positivo, por lo que se puede llamar también derecho del pueblo.» Por supuesto, entendiendo que no se quiere

---

(1) *Enciklopädie des Staatswissenschaften* (1859).
(2) *Grundzüge der deutschen Staatsrechts*, § 6, núm. 5.
(3) *Die Rechtsbildung in Staat und Kirche.*
(4) *Das Gewohnheitsrechts auf dem Gebiete der Verwaltung* (1863).
(5) *Corso di diritto costituzionale*, t. I.

Digitized by Google

decir que el derecho sea creado por los individuos que forman el pueblo, pues éstos con su voluntad frecuentemente lo niegan, sino que se alude ahí «al espíritu popular, vivo y activo en todos los individuos», y generador del derecho en todos los momentos (1).

Ahora bien; las teorías modernas vienen á coincidir con Savigny. Al considerar aquellas teorías, según hemos visto en la primera parte de esta obra (2), que el órgano mediante el cual el pueblo constituído políticamente realiza el derecho, lo vive, es el Estado (el pueblo-Estado), reconocese en este mismo el atributo de la soberanía, ó sea el poder suficiente para vivir el derecho con plena independencia. El pueblo constituído con personalidad, para Savigny, el Estado como personalidad jurídica, para las teorías modernas, son los que espontáneamente viven el derecho.

La consecuencia es, á mi ver, clara: en el pueblo-Estado, en la conciencia del pueblo *hecho* Estado, se elabora, como en toda conciencia racional, la norma justa á que la conducta de todos en el espíritu del pueblo ha de sujetarse. En este supuesto, la primera y más universal manifestación del poder soberano es la que da vida á la costumbre, la cual, abarcando, como obra de todos y en interés del todo, la vida entera del Estado, no deja fuera de su acción natural la organización y modo de proceder del Estado mismo; antes bien, como sin ser Estado no se vive el derecho por el pueblo, como derecho suyo, la acción del poder soberano á que nos referimos se aplica en primer término

(1) Savigny, obra citada, vol. I, § 7.
(2) Libro VI, *Actividad del Estado.*

Digitized by Google

á constituirse, á formarse, en una palabra, á ser, para de ese modo cumplir su fin ó sus fines.

Por eso es un error, cuando de un Estado se trata, prescindir de aquella esfera en que se manifiestan las fuerzas humanas todas, bajo los inmediatos influjos del medio, indeterminadas, indefinidas, pero tendiendo á obrar en una dirección dada; por eso, pese á quien pese, es decir, pese á todas las leyes del mundo, la política y el derecho de cada pueblo son, no como se escriben, sino como las condiciones internas imponen y exigen.

Por otra parte, ¿no está patente en la historia el influjo considerable que en la vida del Estado tiene el fondo aparentemente inconsciente de la vida social, del ideal y de las aspiraciones todas? En campo alguno del derecho, como en el político, se han manifestado de modo más ostensible y directo las transformaciones verificadas contra el derecho ó la ley positivos, por órganos temporales, en los que se condensaba el poder de la costumbre de modo anormal y extraordinario. Muchas revoluciones, por extraño contraste, han sido el resultado del influjo de ciertas ideas con arraigo en la conciencia popular, contrarias al derecho positivo desarraigado de esa misma conciencia. El derecho constitucional en muchos países de Europa hase debido á movimientos de ese género, y se ha restaurado en contra del derecho positivo, no como costumbre histórica que paulatinamente se había formado, pero sí como aspiración social determinada por un cambio general de las condiciones en que la costumbre se tiene que producir.

7. Para que la fuerza de la costumbre, como fuente fecundísima del derecho, sea real y efectiva, lo mismo en el derecho político que en cualquiera otra rama del derecho,

Digitized by Google

no importa que sea reconocida ó no como tal por el legislador. Infiérese esto de la naturaleza de la costumbre. Como es anterior al derecho legislado en el curso de la historia, como es permanente, como es inevitable y necesaria, la costumbre persiste al lado de la ley. Por eso es, en cierto modo superfluo, como advierte muy atinadamente Longo (1), que la ley declare que las costumbres tienen fuerza obligatoria. En cuanto existen la tienen por modo necesario, ya sean costumbres, según ley, ya sean contra ley. Para que una costumbre contra ley sea extirpada, es preciso que la ley se haga costumbre: mientras tanto, la situación es anormal de hecho, y la solución (casi siempre) entraña, ó el triunfo de la costumbre, ó la modificación de ambas, por la creación de un estado de derecho nuevo..... consuetudinario, resultante de dos fuerzas contrarias quizá iguales.

Por esta razón, si es superflua la declaración legal favorable á la validez de las costumbres en general, es, en cambio, peligrosa la declaración legal contraria á la eficacia de la costumbre, como fuente general del derecho (2). En primer lugar, como Windscheid afirmaba (3) «la ley no puede disponer que el derecho no sea derecho, y tanto vale que niegue la eficacia de un derecho consuetudinario futuro, como que niegue eficacia á una ley futura». Además, negar la eficacia á la costumbre en nuestros Estados modernos constitucionales, que tienden á fundarse cada

---

(1) *Loc. cit.*, pág. 254.

(2) Rescripto del emperador Constantino, año 319 (in L. 2. C. *quæ sit longo consuetudine*, VIII, 53).

(3) *Pandectas.*

Digitized by Google

vez más en la opinión pública, y que reconocen cada vez con mayor fuerza el principio de la representación, es negar su propia base y fundamento, y en derecho político es algo más, es sentar la necesidad del procedimiento revolucionario para transformar en ciertas ocasiones el derecho, por ejemplo, cuando el legislador se obstina en oponerse expresamente al cambio jurídico iniciado, querido efectuado en el seno de la sociedad.

Verdad es que las disposiciones prohibitivas de la eficacia jurídica de la costumbre, no tienen en rigor el alcance que suponemos. Al menos, las que se pueden señalar en los códigos civiles modernos, refiérense principalmente, no á la eficacia general, no á la existencia de la fuente, ni al valor transformista de la costumbre, sino á la aplicación de la misma por los tribunales en el derecho privado, y además á la aplicación de los preceptos taxativos del derecho penal, procesal y aun administrativo, debiendo advertir que tal prohibición, donde no tiene alcance ninguno, es en el derecho constitucional, que, por sus condiciones especiales, tiene, aparentemente al menos, una elasticidad y una aptitud acomodaticia mayores que las demás ramas del derecho positivo.

8. El influjo directo de la costumbre en las formaciones y transformaciones del derecho constitucional se manifiesta ostensiblemente de dos maneras: 1.ª, de un modo general, dando este ó el otro carácter y tono al derecho; 2.ª, de un modo especial en la práctica y ejercicio de la soberanía por los órganos del Estado.

En cuanto á la primera, vese el influjo de la costumbre, con sólo comparar el derecho constitucional actual de cada pueblo con el de épocas anteriores. ¿Sosten-

Digitized by Google

drá nadie que ese derecho actual es el mismo que hace un siglo? ¿Y sostendrá nadie que la transformación efectuada se deba á la acción sólo de las leyes?

Inglaterra, por ejemplo, ha pasado, merced al cambio total de las condiciones sociales (de sociedad predominantemente agrícola á sociedad predominantemente industrial), de un Gobierno representatativo aristocrático, á un Gobierno, representativo y democrático. El poder más importante es hoy la Cámara de los Comunes: no podía decirse lo mismo hace un siglo.

Francia, el país de los períodos constituyentes, ¿puede creer nadie que deba su República actual á las leyes de 1875? ¿Puede creer nadie que en el pensamiento de los legisladores estuviese la República parlamentaria que ha resultado? ¿Y hay comparación posible entre la República actual y las dos Repúblicas anteriores? ¿Débese esto á ley alguna en particular ni á todas las leyes juntas? ¿No se ve claro el influjo poderoso de las costumbres que se transforman y transforman á su vez la constitución política?

Los Estados Unidos, con una misma *Constitución escrita* han comenzado por ser una confederación de colonias-Estados, para acabar por ser, merced al influjo paulatino de lo que no se escribe en leyes, una nación en un *Estado federal.*

Y para no continuar citando más Estados: España tiene aparentemente, bajo la Constitución de 1876, las mismas instituciones, y responde teóricamente á la misma teoría de la soberanía, que bajo la de 1845. ¿Es lo mismo la España política de los Borbones, antes de la revolución de Septiembre, que la de hoy? ¿Y puede nadie creer que eso se deba á las leyes, las cuales, por otra parte, no serían ta-

Digitized by Google

les leyes sin las exigencias de la sociedad que elabora la costumbre?

9. En cuanto á la práctica y ejercicio de la soberanía por los órganos del Estado, el influjo de la costumbre tiene ahí una esfera de acción amplísima, en virtud de las condiciones mismas especiales del derecho político. En efecto; las circunstancias de la acción política en aquella esfera permisiva en que se desarrolla el juego de los poderes públicos, cuando obran como tales en la vida del Estado, no son á propósito para que la ley, con su mayor certeza y definición del derecho que la costumbre, se aplique. La simplicación de las reglas no es lo que pide hoy por hoy, en el estado actual de su formación el derecho constitucional: esa simplificación, esa certeza, «no siempre son posibles, ni son útiles» (1). «Creemos en primer término que no siempre es posible, en derecho político (Longo dice público), formular claramente la regla, que es el supuesto indispensable de la ley.....» Y como prueba de ello, bastará citar el caso notabilísimo que ofrecen la teoría y la práctica del Gobierno de Gabinete (ó parlamentario). «Querer codificar las normas que regulen este instituto jurídico, tan fundamental en el derecho público moderno, es cosa que científicamente puede declararse imposible.» Por de pronto, la existencia misma del Gabinete, es en el país de origen, Inglaterra, cosa perfectamente ignorada por las leyes. En casi ninguna Constitución escrita se habla del Gabinete, como órgano que es, en la práctica, del poder ejecutivo; ¿de qué modo, pregunta oportunamente Longo, se podría formular el principio mismo que anima la forma

(1) Longo, *loc. cit.*, pág. 267.

Digitized by Google

parlamentaria? Si, por ejemplo, se quisiera decir: «El Rey nombra los ministros, pero á condición de que gocen de la confianza del Parlamento», ¿no surgirían dificultades sin cuento? ¿Cómo señalar las manifestaciones previas ó sucesivas al nombramiento del Gabinete? ¿Y cómo conciliar tal afirmación con la prerrogativa de la Corona, por la cual puede esta mantener á un Gabinete después de voto adverso en las Cámaras, disolviendo las Cámaras, ó no disolviéndolas, según lo reclamen consideraciones políticas atendibles?»

«Y viceversa, ¿cómo se podría determinar aquella costumbre, por la cual se exige la dimisión de un Gabinete, aun después de un voto de confianza en las Cámaras, pero con pequeña mayoría, para conceptuarse firme?» En España, las circunstancias, hijas de nuestras costumbres políticas, principalmente de la corrupción electoral, hacen que los cambios de Gabinete se verifiquen sin tener en cuenta la mayoría parlamentaria. Casi siempre el Gabinete caído cuenta con la confianza del Parlamento, y el nuevo con la mayoría del futuro.

No sólo en el Gobierno de Gabinete, en todos los Gobiernos constitucionales, nos encontramos con que el principal instrumento de gobierno, que aun hoy á pesar de la radical transformación extralegal, que sufre, tiene una importancia capital, no existe para las leyes. Me refiero á los partidos políticos.

Pero no es preciso insistir más en este punto de vista general. Las condiciones transitorias del régimen moderno, acentuando el carácter esencial del derecho político, han añadido al campo natural y necesario de las costumbres, el campo llamado de las convenciones constitucionales, esto

Digitized by Google

es, de las prácticas consuetudinarias imperantes en la esfera de acción de los poderes constituídos, que hacen de los Estados, que cifran su ideal en la Constitución escrita, Estados que viven bajo el imperio de los principios del derecho no escrito, del precedente, del uso, de las costumbres, en suma.

10. Aun se ve más claro el valor excepcional de la costumbre como fuente eficaz del derecho constitucional, comparando los resultados distintos que en los diferentes pueblos se han producido á partir de principios legislativos, si no idénticos, á lo menos análogos. Basta comparar el *constitucionalismo* puro á que ha llegado Alemania, con instituciones representativas como el Reichstag, con el *parlamentarismo* inglés, francés, belga, italiano y español. Más concretamente aun: el Reichstag es una Cámara nacional, elegida por sufragio universal directo, que tiene análogas atribuciones á las de las Cámaras populares de los países citados. En lo relativo á la constitución interior, sus miembros gozan de las inmunidades concedidas en todos los países libres á los representantes de la nación, y tienen el derecho de iniciativa para todas las leyes concernientes á los negocios comunes del imperio..... Sin embargo, el Reichstag no implica el régimen parlamentario, y es que el Reichstag no tiene acción alguna, no ejerce inspección eficaz de ningún género sobre los actos de los ministros. El *Canciller* nombrado por el Emperador, como lo son los ministros por el Rey, según los términos de las Constituciones belga, italiana, española y por el Presidente de la República, según las leyes francesas, sólo del Emperador depende, y esto basta para que exista una diferencia radical, no escrita ni prescrita por las leyes, entre el régimen *cons-*

Digitized by Google

titucional alemán y el *parlamentario* de los países indicados.

11. Si ahora nos fijamos en los derechos constitucionales, particulares de aquellos países, cuyas instituciones nos interesa comparar especialmente, por razones que en su lugar han de exponerse, nos encontramos con que en todos se manifiesta de un modo real el influjo de la costumbre, aun cuando en el concepto legal, y sobre todo, en el concepto propio de la opinión pública, tenga un valor muy diferente, como veremos cuando señalemos las fuentes jurídicas particulares de cada una de las Constituciones.

Respecto de Inglaterra, no creo necesario insistir muy detenidamente para llevar al ánimo del lector el convencimiento de la importancia que la costumbre tienen allí en la ordenación expresa y efectiva de los poderes públicos. Inglaterra es el país del *Common Law* (derecho consuetudinario), y el *Commo Law* abarca una amplísima esfera constitucional. Baste para mostrarlo ahora, la siguiente cita de Boutmy (1). «Todo lo que se refiere á la organización, las atribuciones, las relaciones recíprocas y al juego de los poderes públicos (Monarquía, Gabinete, Cámara Alta, Cámara de los Comunes), no cae bajo la acción del derecho escrito..... Que se pregunte á los textos constitucionales, por ejemplo, acerca de las atribuciones del *Gabinete*, ese centro indispensable del régimen parlamentario. No ya la cosa, pero ni el nombre, según el testimonio de Blackstone, de Hallam, de Macaulay, son conocidos en el derecho escrito. Sobre la división del Parlamento en dos Cámaras: comenzó por sí misma hacia 1350, y se perpetuó con el

(1) *Études de droit constitutionnel*, París, 1885, pág. 26.

Digitized by Google

tiempo sin ser impuesta por ley alguna. Sobre el derecho de prioridad de la Cámara de los Comunes en materia de impuestos....., sobre las demás atribuciones y privilegios de una y otra Cámara....., sobre la prerrogativa real en materia de organización militar....., ningún texto define, nada de eso....., el derecho escrito permanece mudo....., la solución ha de encontrarse en los archivos parlamentarios ó judiciales, no por una regla general, sino por los precedentes del caso.....»

En Alemania, á pesar de tratarse de un Estado federal, con poderes tan claramente definidos como el del Emperador, el del *Bundesrath* y el del *Reichstag*, la Constitución ha sido completada por el influjo del factor consuetudinario. Hay en este derecho constitucional «un elemento que ocupa en el estudio de la organización del Imperio, un lugar tan importante como el de los textos escritos: tal es el que entrañan las prácticas, las convenciones constitucionales que á menudo modifican el sentido de las leyes y cambian por completo el papel de las diversas autoridades» (1). «La Constitución alemana coloca en primera línea el Consejo federal, representante de los Estados: hállase éste expresamente investido de grandes poderes..... El Emperador ocupa el segundo lugar, es ó viene á ser, según la Constitución, un simple delegado del *Bundesrath*..... Y sin embargo, entre los factores políticos gubernamentales del Imperio, el Consejo federal es el poder de menos autoridad, el menos respetado y el de menos influjo. En realidad, las fuerzas con-

(1) Dupriez, *Les Ministres dans les principaux pays d'Europe et d'Amérique*, t. I., pág. 470.

Digitized by Google

trarias y potentes allí son: el Emperador y el pueblo alemán, representado por el *Reichstag*» (1).

Es Francia, sin duda alguna, el Estado constitucional que necesariamente se ofrece como en radical contraposición con Inglaterra. Francia es *rígida* en sus leyes y procedimientos (2), es además formalista, solemne, partidaria, como dice Taine, del procedimiento deductivo, en política (3). Pero no es esta hora todavía de caracterizar debidamente el constitucionalismo francés en sus fuentes, y según resulta en la práctica de la soberanía y en la organización de los poderes del Estado. Eso vendrá luego. Lo que importa notar ahora es, que en Francia, tampoco es ley indubitable, absoluta y única la letra constitucional. Viven las convenciones y las costumbres, unas anteriores, otras posteriores á las leyes de 1875. El papel del Presidente de la República, como jefe del Estado, resultó en la práctica, como no podía esperarse del texto legal. Lo mismo puede decirse de cierta significación preeminente de la Cámara de Diputados.....

En los Estados Unidos, país en tantos respectos distinto de Inglaterra, que venera religiosamente la Constitución escrita, como pacto fundamental de la federación y como garantía de la independencia de los Estados, también tiene su esfera reservada, á lo que Dicey llama «conventions of the constitution» (4). «En los Estados Unidos los poderes legales del Presidente, el Senado, el procedimiento

(1) Obra citada, t. I., pág. 471.

(2) Dicey, obra citada. Apéndice, nota primera. Véase también Bryce. *The American Commonwealth*, V., I.

(3) *Origenes de la France contemporaine.*

(4) Dicey, obra citada, pág. 28.

Digitized by Google

para elegir al Presidente, están plenamente regulados por el derecho de la Constitución. Pero al lado de éste hase producido un cierto número de reglas convencionales, las cuales tienen tanta fuerza en la práctica como el derecho escrito. Ningún Presidente es reelegido más de una vez..... Las inteligencias ó convenios tácitos constitucionales han cambiado completamente la posición de los electores presidenciales.....» (1). Según Dupriez, la práctica política «ha alterado el sentido y carácter de la elección del Presidente, modificado las relaciones entre las Cámaras, corregido y atenuado la separación completa del Poder ejecutivo y del Congreso.....» (2).

En cuanto á España, puede decirse que tiene en su política una aplicación completa, lo que en general dijimos respecto de las convenciones y ficciones en que descansa el régimen parlamentario. El Rey tiene, según la Constitución, el poder ejecutivo; prácticamente ese poder corresponde plenamente al Ministerio. El Rey nombra y separa libremente á éstos, según la ley; pero en la práctica, aunque no pueden hacerse las misma afirmaciones que en Italia, Francia, Bélgica é Inglaterra, respecto de la situación en que los mismos han de encontrarse ante el Parlamento, lo cierto es que esa prerrogativa está limitada por la necesidad del concurso parlamentario, del cambio periódico político y de la organización de los partidos. Esto, sin contar otras prácticas y otras convenciones que á su tiempo indicaremos y que producen la omnipotancia ministerial.

12. Réstame aún para completar esta materia de la cos-

(1) Dicey, pág. 28 y 29
(2) Obra citada, t. II, páginas 10 y 11.

Digitized by Google

tumbre, examinar lo que cabría llamar su proceso político, ó lo que es lo mismo, la costumbre, no en el desarrollo histórico, sino en la estructura actual, ejerciendo su influjo en la marcha de los poderes del Estado. Pudiera formularse aún más claramente el problema á que ahí se alude, planteándolo en estos términos: ¿Cómo la costumbre política llega á ser ostensiblemente eficaz?

Aunque sea adelantándome á lo que habré de exponer al tratar de la organización del Estado, puede afirmar que la costumbre se hace ostensiblemente eficaz, de la misma manera y casi al propio tiempo que la soberanía actúa y logra su imperio pleno y completo.

En los Estados modernos, aparte del que pudiéramos considerar como proceso evolutivo general del derecho consuetudinario, bajo el influjo de las circunstancias ambientes, la costumbre política que no se contrae á dominar en la propia esfera indeterminada y vaga del hacer vulgar, sino que convirtiéndose en ideal inmediato, es aspiración común, es necesidad sentida por la sociedad, elabórase en el seno de ésta, y fórmase y condénsase por todos los medios de expresión que la misma tiene; actualmente, por la prensa, las reuniones públicas, etc., hasta hacerse dueña de la opinión y disponer del partido político y apoderarse del Parlamento, y al fin, del Gobierno, para luego ser ley, si es preciso y necesario que ley sea. Entraña este proceso de la costumbre una diferenciación, una integración, una especificación; implica una aplicación de la ley psicológica por la que se llega de lo preconsciente á lo consciente y de lo consciente á lo reflexivo; es en suma este el proceso mismo, en virtud del cual, de la obra vulgar se llega á la obra artística.....

Digitized by Google

CAPÍTULO V.

FORMACIÓN JURÍDICA DE LAS CONSTITUCIONES. LAS LEYES.—LA REFORMA CONSTITUCIONAL.

1. El estudio de la ley como fuente del derecho constitucional y como medio para su continua formación y para sus transformaciones, merece capítulo aparte.

La ley, en su expresión exterior, es el resultado, en los Estados, de la aplicación del procedimiento reflexivo á la declaración temporal del derecho. Presupone idealmente la condensación y especificación de las aspiraciones generales, bajo el imperio de la necesidad y mediante los órganos definidos que se reputan oficiales en el Estado, para el objeto que la ley supone.

Hase debatido respecto de la ley muchísimo, especialmente: 1.°, sobre si la ley debe ser una consagración solemne del derecho querido ya y sentido en el momento mismo en que la ley se hace, ó si la ley debe entrañar la tendencia ideal hacia un superior perfeccionamiento de la vida jurídica del pueblo, procurando buscar fórmulas cada vez más progresivas, y 2.°, sobre si la ley es una forma del derecho más ó menos importante que la costumbre.

No podemos entrar aquí á discutir detenidamente este

Digitized by Google

punto y otros análogos de no menos interés; para nuestro fin, no hace esto mucha falta; no es indispensable. Bastará quizá dejar sentado acerca de las leyes y como consecuencias que en parte se infieren de la teoría expuesta sobre la costumbre, y se desprenden además en general de la filosofía del derecho político que desarrollamos, lo siguiente:

1.° El derecho en toda sociedad tiende á formularse en declaraciones concretas, expresas, claras, terminantes y de carácter general (1) que contengan las normas de la conducta humana. Cuando estas declaraciones logran reunir los requisitos formales que en la sociedad entraña el Poder legislativo para sus obras, toman el nombre y consideración de leyes. Entre la ley y la costumbre no hay una solución de continuidad, sino muy al contrario; hay una serie de formas que van de menos á más solemnes, expresas y claras, y que son, por otra parte, más ó menos generales.

2.° La ley, por sí misma, no es derecho; es forma expresa de lo que en un momento dado se entiende que es derecho, que acaso inmediatamente después de promulgada, no es ya el derecho mismo que se pedía y que convenía: de ahí que para responder á todas las exigencias de su fin, ha de traducir la ley en términos precisos y claros, la norma jurídica de las relaciones sociales *oportunas* ó mejor aun, *el ideal* del momento y del lugar, según las aspiraciones racionales formuladas y el más alto grado de perfección posible. No debe olvidarse que la ley, independientemente de su valor jurídico, tiene otro gran valor educativo y sugestivo, en virtud del influjo que en la vida humana puede ejercer la

(1) Sumner Maine, *Ancient Law;* Ihering, *Espíritu del Derecho romano.*

Digitized by Google

solemne y expresa definición de lo que se reputa como justo y como bueno (1).

3.° La ley que no se apoya en la costumbre, no para traducirla literalmente, sino para tenerla á lo menos como base y fundamento, como antecedente justificativo, es ineficaz, es una mera fórmula escrita, cuando no un elemento perturbador y de efecto pernicioso.

4.° La ley que no es expresión circunstancial del derecho, no contiene derecho. No bastan los trámites y solemnidades del procedimiento político legislativo para dar valor y fuerza jurídica á las fórmulas que no los tienen. Las leyes positivas consagran á menudo con el nombre de derecho la iniquidad, la injusticia, el despojo, la negación, en suma, del derecho mismo.....

. . . . . .

Tales son, entre otras, las indicaciones generales acerca de la ley, aplicables al derecho constitucional como á cualquiera otra rama del derecho positivo.

2. Veamos ahora lo que puede decirse especialmente respecto de la ley constitucional política como tal ley. Su existencia, necesidad y eficacia son indiscutibles. Todos los Estados modernos reconocen la ley escrita como medio de aplicación práctica del derecho constitucional, bien es verdad que dándole un valor muy diferente.

Oscila este valor de aprecio entre el que supone la ma-

---

(1) No hay para qué decir cuán lejos se hallan los legisladores al uso de estas condiciones exigidas en la ley. Realmente atravesamos en estos momentos un período crítico, por falta de educación jurídica, de nuestros mismos *jurisconsultos* (?). Lo que pasa, por ejemplo, con las leyes de impuestos es típico en este respecto.

Digitized by Google

nera de ser, principalmente histórica, tradicional del derecho inglés, y el que implica la forma predominantemente razonada y solemne del derecho francés y americano. Así que, partiendo de este diferente aprecio del derecho legal constitucional, y atendiendo á cómo han sabido ó querido los pueblos producirlo, puede hacerse una interesante clasificación de las Constituciones modernas, según que son, como Burgess (1) advierte, no *exclusiva*, sino *preponderantemente consuetudinarias*, ó bien no *exclusiva*, sino *preponderantemente* escritas, ó, mejor dicho, legisladas.

Inglaterra y Hungría son los principales Estados modernos que tienen Constituciones más bien consuetudinarias que escritas.

Entre los otros pueblos que han llegado á legislar expresamente sobre la organización política, procurando ordenarla totalmente en algunos de los momentos de su historia, pueden establecerse todavía varias distinciones: unas contienen en un documento de carácter sistemático, lo que se reputa (temporalmente) como derecho de la Constitución, por ejemplo, Alemania y Estados alemanes como Prusia, Baviera, Sajonia, Wurtemberg, Gran Ducado de Baden, etc.; Bélgica, Holanda, Suiza, España, Portugal, Dinamarca, Suecia, Noruega, Rumanía, Servia, Grecia..... en Europa. En América, aparte de los Estados Unidos, cuyo pacto fundamental es la Constitución, y de los Estados particulares, puede conceptuarse la forma codificada como la universalmente aceptada en la América central y meridional. Otros pueblos conservan su derecho constitucional en leyes distintas, conceptuadas como de carácter

(1) Obra citada, t. I, pág. 91.

Digitized by Google

fundamental político; por ejemplo, Francia y Austria..... Los primeros, por otra parte, no sólo tienen su Constitución escrita, sino que muchos de ellos tienen la Constitución y otras leyes reputadas constitucionales, independientemente de las enmiendas parciales del Código político fundamental, considerado siempre, á pesar de éstas, como núcleo del derecho vigente (1).

3. La cuestión más capital que en el asunto que estudiamos se presenta ahora, es la siguiente: partiendo del supuesto de la existencia de la ley como forma del derecho constitucional, ¿tiene ésta necesariamente caracteres especiales distintos de los de las demás leyes del derecho positivo? En el fondo no hay duda. El derecho constitucional distínguese como derecho para el derecho, como derecho del Estado. Pero ¿implica esto alguna exigencia particular relativa á su origen, formas, solemnidades, etc., etc.? Ó de otra manera, ¿obra el Estado cuando legisla para sí, cuando hace ley política, de diverso modo que cuando legisla para cualquier orden social de relaciones?

4. Tiene esta cuestión dos aspectos que deben ser examinados para poder contestar: el uno es *filosófico* y el otro *circunstancial*.

. Filosóficamente la cuestión pudiera plantearse en estos

---

(1) Véase Dareste, *Les constitutions modernes*, 2 tomos. Demonbyne, *Les constitutions europeennes*. Palma, *Le costituzioni dei popoli liberi. Handbuch des offenttichen Rechts der Gegenwart* (colección Marquardem). Heredia, *Recapitulación de las Constituciones de Europa y América*. Bañados Espinosa, *Constituciones de Chile, Francia, Estados Unidos, República Argentina, Brasil, Bélgica, España, Inglaterra y Suiza, concordadas* (Santiago de Chile, 1887). Arosemena, *Estudios constitucionales sobre los gobiernos de la América latina* (1878), 2 tomos. Muro y Martínez, *Constituciones de España y de las demás naciones de Europa* (1881), 2 vols.

Digitized by Google

términos que indican ya claramente lo que en definitiva se pide, ¿el derecho constitucional entraña solemnidades particulares, en virtud de las que exija una función legislativa *ad hoc?*

Según Ahrens «el poder legislativo, que establece las normas *fijas* para la vida del derecho y del Estado, es de un doble carácter, según que establece el tipo fundamental, las relaciones fundamentales del derecho y del Estado en todas sus partes, las relaciones de los individuos en el derecho fundamental, las relaciones de la personalidad colectiva con el poder del Estado, en sus funciones, sujetos y derechos, ó según que, sobre la base de estas relaciones y como consecuencia de las mismas, dicta las normas fijas y obligatorias para los diversos fines más ó menos generales. En el primer caso el poder legislativo es *constituyente*, en el segundo es *legislativo* propiamente dicho» (1).

Para Bluntschli «el Estado, como legislador, tiene, en cuanto al derecho público, mayor libertad que respecto del derecho privado, puesto que cuando quiere establecer las instituciones del derecho público y sus relaciones jurídicas, obra en cosa propia, mientras que cuando, por el contrario, crea leyes de derecho privado, no regula nada suyo, sino las relaciones entre particulares, las cuales ni son obra suya, ni le están sometidas por entero» (2).

5. Fuera de otras consideraciones que irán saliendo en el curso de este capítulo, lo que importa aquí recoger es la distinción radical que se establece, especialmente por Ahrens, entre el derecho relativo al Estado (la Constitución

(1) *Organische Statslehre*, cap. IV, 1.°
(2) *Derecho político universal*, vol. I. Introducción.

Digitized by Google

en suma) y el derecho relativo á las demás formas de la vida: distinción de donde nace la diferencia entre el origen y fuente directa del derecho constitucional, el cual es obra del *poder constituyente*, y los del derecho no constitucional, el cual es obra de los *poderes constituídos*. Pártese necesariamente en este razonamiento de un supuesto que tiene sus precedentes en Rousseau, y según el cual el Estado, sobre todo el Estado *oficial*, es obra reflexiva que se realiza expresamente en un momento dado por la voluntad soberana, distinta ésta de la que se manifiesta en todos los momentos de su vida.

Ahora bien; los Estados, como obra jurídica, no son mero resultado de la reflexión y de la voluntad; son siempre en una gran parte, obra del tiempo (véase el capítulo anterior). Si á veces hay en su historia un momento dado, solemnísimo, que pueda conceptuarse como punto de partida (Estados Unidos, Alemania), ni esto es lo general, ni ello significa que entonces, en tal día, mes y año, se haya creado el Estado por el esfuerzo querido de los hombres, aun cuando las circunstancias que rodeen estas formaciones solemnes y expresas de nuevas comuniones políticas sean de las que, según veremos, legitimen temporalmente la doctrina que en principio combato. Por otra parte, no hay en el Estado dos orígenes diferentes del derecho, porque no hay en él dos derechos. Todo el derecho que el Estado declara y define, origínase en el poder soberano, y declárase, mediante sus órganos específicos, cuando adquiere las proporciones de la ley: todo él es derecho de su personalidad. ¿Qué importa que tal derecho se dirija á regularla como Estado para cumplir el derecho mismo, ó bien regule la vida en el Estado para cumplir los demás fines de la vida?

Digitized by Google

Es el derecho político, como todo el derecho para el derecho (1), lo que la lógica en la ciencia, como doctrina ó ciencia de la ciencia. ¿Es que acaso pone en juego el sujeto que hace lógica facultades especiales, no usadas cuando investiga cualquier otro aspecto ó esfera de la verdad? ¿Hay una manera singular de investigar la lógica, porque se trate en ella de conocer como conocemos? No, ciertamente, como no hay en el Estado un origen y un proceso distintos para el derecho constitucional. El origen, en efecto, de este derecho, como de todos, está en el soberano, de quien emana siempre la declaración jurídica con su carácter imperativo; el proceso es análogo, y hállase condicionado por el del derecho en general; el procedimiento, en fin, debe ser para el derecho del Estado, como para cualquier otro derecho, el que mejor responda al ideal de una fiel, exacta y oportuna manifestación de las necesidades y aspiraciones sociales.

En este punto paréceme muy atinado lo que afirma Palma. «Si la ley, dice, es una regla, la Constitución podrá ser la ley primera, pero una ley al cabo» (2). Y todavía me parece más atinado y, sobre todo, más oportuno, lo que manifiesta Balbo. «En general, afirma el autor de *La Monarchia costituzionale* (3), para el progreso y la educación política de una nación, acaso es más ventajoso, más regular y, por decirlo así, más moral, tener, como Inglaterra, una sola clase de leyes; nada debe haber por encima

(1) Véase á este propósito Giner y Calderón, *Resumen de filosofía del derecho.*

(2) *Corso di Diritto costituzionale*, t. I, pág. 190.

(3) Libro II, cap. I, núm. 8.

Digitized by Google

de ellas, sobre todo, no debe haber ley alguna que, declarada más sagrada, haga á las otras de peor condición y menos sagradas.»

6. Realmente, esas distinciones apriorísticas entre la ley constitucional y la ley ordinaria, entre el período constituyente y el constituído, que llevan á otra distinción formal entre Asambleas, Parlamentos ó Cortes..... constituyentes y ordinarios ó legislativos, cuando no se fundan en circunstancias históricas, que luego señalaremos, son contrarias á las exigencias filosóficas, permanentes é ideales del Estado. Libre éste en la evolución general de su contenido, se opone á esos encasillados caprichosos, como se opone á esas suspensiones expresas é intermitentes de su vida, que nunca pueden tener el alcance que se les supone.

El ideal en este punto acaso nos lo suministra Inglaterra, que sin hacer distinción previa entre lo que es constitucional y lo que no lo es, deja á las condiciones del caso la determinación de las exigencias extraordinarias, que ponen en conmoción á todo el Estado de arriba abajo, para atender con toda su fuerza y con toda el alma nacional, á la transformación del derecho. Así es, después de todo, la vida, que nunca se somete á la rígida predeterminación de la voluntad humana.

7. Pero, como antes indicaba (núm. 4), la cuestión tiene un aspecto circunstancial, según el cual podremos preguntar lo siguiente:

Las condiciones históricas bajo que se estableció y se mantiene aún hoy el derecho constitucional, ¿exigen para su expresa declaración legislativa formalidades especiales, extraordinarias, distintas de las del resto del derecho positivo?

Digitized by Google

No puede darse una respuesta categórica y aplicable á todos los casos. Hay Estados en los cuales esas formalidades especiales de elaboración jurídico-política son una exigencia normal y regulada, dentro de cierta esfera más ó menos amplia del *llamado* derecho constitucional. Hay Estados en que esas formalidades no existen de ninguna manera ostensible, y que hasta se niegan, por conceptuar como no reformables ciertos supuestos fundamentales de la Constitución. Y hay, por fin, Estados en los que sin determinaciones previas, lo *extraordinario* de los procedimientos surge naturalmente cuando lo requiere lo *extraordinario* del caso.

Y todo esto, merced al influjo de las condiciones temporales bajo que el régimen moderno de las Constituciones se ha establecido y de los derechos que mediante él se presume y se quiere garantir.

8. En términos generales (véase el cap. I) puede afirmarse que el derecho constitucional se ha establecido en los Estados modernos del continente europeo y en América, como resultado inmediato de una lucha, como expresión de una conquista verificada en momentos solemnes, mediante el influjo y la acción de las Asambleas, de las Convenciones, de las representaciones legislativas nacionales, y como consecuencia de la derrota de los poderes tradicionales, que no se dejaron despojar ni en el primero ni en los embites sucesivos.

De ahí una situación excepcional. En los Estados del continente europeo, la Constitución era al principio la expresión del límite á donde llegaba la conquista revolucionaria; en los Estados americanos, el pacto con arreglo al cual se organizaba la sociedad unida que se desprendía de

Digitized by Google

la dominación de la madre patria. En todos un documento escrito, solemne, imperativo y reformable por análogo proceder al empleado para redactarlo.

Y esto, alentado por el influjo de las ideas reinantes del *contrato social* y de la teoría del derecho natural, es lo que determinó los caracteres especiales de las Constituciones, la distinción entre los períodos constituyentes y ordinarios, etc., etc., y la necesidad de recabar prácticamente solemnes garantías de respeto hacia el *pacto* constitucional, que no podía quedar á merced de los representantes actuales del poder constituído, sino que debía ser obra siempre de los poderes mismos iniciales que lo hubieran formulado,

9. La consecuencia más interesante de esta manera y de estos prejuicios del establecimiento histórico de la constitución, es el carácter que, frente al derecho Constitucional inglés, alcanzó el derecho constitucional de la mayor parte de los Estados americanos y europeos. Dicey (1) lo define muy exactamente al denominar este último *rígido:* «Las diferentes Constituciones, escribe, en especial las de Francia, tienen, comparadas con la expansión ó «flexibilidad» (*flexibility*) de las instituciones inglesas, la característica que puede designarse propiamente como de «rigidez» (*regidity*) (2).

10. Es *flexible*, en opinión de Dicey, la Constitución inglesa, porque en ella, todo derecho de cualquier clase puede legalmente ser cambiado, en los mismos casos y de la misma manera por el mismo cuerpo. Tal flexibilidad es-

(1) Obra citada, pág. 117, y Apéndice vol. I.

(2) Obra citada. La distinción entre Constitución *flexible* y *rígida* la tomó Dicey de Bryce. (*The American Commonwealth.*)

Digitized by Google

triba en que por idéntico procedimiento, á como se modifica la legislación penal, puede alterarse la sucesión á la corona. Según este supuesto de la flexibilidad, el derecho llamado constitucional lo es por referirse á asuntos relativos á las instituciones fundamentales del Estado, y no porque *legalmente* sea más sagrado y entrañe mayores dificultades su reforma (1).

11. Es *rígida* aquella Constitución, según el autor citado, «bajo la que cierto derecho, generalmente reputado como constitucional ó como fundamental, no puede ser reformado de la misma manera que el derecho lo es ordinariamente (2). La rigidez de las Constituciones belga ó francesas proviene de la falta de facultades en los Parlamentos de Bélgica y Francia, cuando actúan con su capacidad ordinaria, para modificar el derecho definido como constitucional y fundamental.

12. Si enlazamos ó relacionamos adecuadamente la significación pura de la rigidez constitucional, con las circunstancias históricas que hemos visto, lo han ocasionado, podemos señalar: 1.°, los supuestos teóricos de que parte el derecho positivo constitucional así concebido; 2.°, las causas que han determinado su existencia, y 3.°, los efectos directos de la aplicación del criterio de rigidez en la vida del Estado.

Procuraré en breves términos señalar esos supuestos, esas causas y esos efectos.

La teoría del derecho constitucional *rígido* supone: 1.°, que el Estado, es ó total ó parcialmente, obra reflexiva, y

(1) Obra citada, pág, 118. Ya veremos luego que esta doctrina puede en parte ratificarse.

(2) Obra citada, pág. 119.

Digitized by Google

se hace mediante el llamamiento expreso del soberano; 2.°, que este llamamiento origina un período legislativo de la constitución (*constituyente*) en que suspendiéndose la vida ordinaria, la sociedad se dispone, con pleno conocimiento, á organizarse en Estado ó á modificar la organización anterior; 3.°, que la Constitución es obra de arte, es un acto imperativo de un valor excepcional, y 4.°, que en un sentido ó en otro, la Constitución es un pacto entre partes más ó menos iguales en poder y consideración.

Como causas de la rigidez, pueden señalarse: 1.ª, la aplicación del criterio *apriorístico* y deductivo á la vida del Estado; 2.ª, la formación revolucionaria de éste; 3.ª, la desconfianza social, bien hacia los poderes tradicionales (Francia y en España en alguna de sus Constituciones) imperantes ó pretendientes, bien hacia poderes actuales de origen popular (Bélgica, por ejemplo), ó bien hacia los poderes nuevos que por la Constitución se organizan (Estados Unidos, Alemania, aunque ésta con caracteres muy especiales, según veremos, Suiza, etc.).

Como efectos más inmediatos, pueden enumerarse entre otros: 1.°, distinción formal y prevista en las leyes de los períodos constituyentes, en que el soberano interviene de un modo más ó menos directo, y ordinarios, en que actúan los poderes, según aparecen organizados en el anterior; 2.°, consideración de la ley constitucional como cosa solemne y sagrada; 3.°, determinación de un procedimiento especial de reforma de la Constitución.

13. Dentro del criterio radical que implica el constitucionalismo *rígido*, á que en el número anterior se alude, cabe establecer una importante distinción, según que se trate en la intención de los directores de la reforma expresa

Digitized by Google

de las Constituciones, de dar vida á una nueva organización del Estado, ó bien tan sólo de un cambio de cualquiera de las Constituciones ó leyes políticas que tienen carácter constitucional (1). De ahí las reformas *generales* y *parciales* de la Consitución.

Realmente, las que traducen de un modo fiel y exacto la teoría de la formación expresa del Estado, son las primeras, y á ellas se deben gran parte de las Constituciones modernas, provinientes de un acto constituyente ocasionado de ordinario en virtud de movimientos y trastornos revolucionarios, ó de circunstancias políticas excepcionales. Así se redactaron las Constituciones francesas del 89, 91, 93, 48 y 75, y las españolas del 12, 37, 56 y 69. Aunque sin un carácter tan radical, también tienen el carácter y alcance de reformas generales, si bien no revisten el de actos constituyentes primarios, todas las Constituciones completas, por cuanto bien ó mal abarcan el entero organismo del Estado; así, por ejemplo, las francesas del 14 y del 30, las prusianas del 48 y del 66, la belga del 30, la italiana del 48, las alemanas que produjeron el Imperio, las españolas del 45 y del 76.

Pero no siempre se conceptúa necesario ni aun en los Estados más revolucionarios, el arreglarlo todo de una vez, ni hace falta un cambio tan radical siempre; antes bien la teoría de la reforma constitucional con procedimientos especiales indicados por la constitución misma, implica ordinariamente la persistencia de la ley fundamental y el cambio y mejoramiento de alguna de sus par-

(1) Véase Jona, obra citada, pág. 69 y siguientes.

Digitized by Google

tes (1). Más aún: en buena teoría política del constitucionalismo moderno, según va este resultando á medida que se purga de las exageraciones iniciales, la reforma constitucional expresa y regulada de la ley fundamental, tiende á evitar por un lado las reformas completas generales, en cuanto lo solemne y especial del procedimiento opone dificultades á las reformas, y por otro las reformas completas violentas, en cuanto en el procedimiento de reforma se facilita la consagración legal de las nuevas aspiraciones políticas y la satisfacción más ó menos inmediata de las nuevas necesidades sentidas.

14. Las indicaciones expuestas, tanto las relativas á las Constituciones flexibles, cuanto á las escritas, que Dicey y Bryce llaman *rígidas*, aplícanse principalmente á los Estados que con espíritu democrático igualitario (Francia, Suiza, por ejemplo), ó espíritu democrático más ó menos orgánico (Inglaterra, Estados Unidos, verbigracia), ó bien, sea bajo instituciones republicanas (Francia, Suiza, Estados Unidos, Repúblicas del Centro y Mediodía de América), sea bajo instituciones monárquicas (Inglaterra, Bélgica, Italia, etc.), realizan de un modo ó de otro con cierta pureza los principios fundamentales del régimen representativo.

El influjo de ciertas ideas, originales de Francia, dominantes en ella ya bajo la Monarquía restaurada, pero sobre todo bajo la monarquía de Luis Felipe, ideas perfectamente explicables, como resultado de los esfuerzos del antiguo régimen, para atenuar y para aceptar los principios y las

(1) Debe notarse que por la enmienda de 1891 en Suiza, se distingue entre reforma total y reforma parcial de la Constitución política.

Digitized by Google

consecuencias del derecho moderno, ha determinado una interpretación distinta de la doctrina fundamental y pura de la reforma constitucional. Esa interpretación es la que dió vida á nuestra Constitución de 1845, en la que se inspiró nuestra Constitución de 1876, y la que suponen la mayoría por no decir la totalidad de las Constituciones alemanas.

Me refiero, como se comprenderá, al *doctrinarismo* (1), cuyas opiniones acerca de este punto es preciso exponer para completar tan importante materia.

Procuraré hacerlo muy brevemente.

15. Supuesto del doctrinarismo: la alianza entre los principios del régimen tradicional monárquico y las afirmaciones del régimen moderno originado en la revolución americana y, sobre todo, en la revolución francesa. Su teoría fundamental: el soberano es el Rey, en virtud del principio tradicional y de la continuidad histórica; pero participa de la soberanía la nación mediante sus representantes, exprésase esto en frases como la siguiente: *Rey soberano y pueblo libre*. Consecuencias más inmediatas de la teoría doctrinaria para nuestro asunto: 1.° hay en todo Estado un elemento permanente é irreformable, cual es el sujeto de la soberanía (el Rey y la representación, esta ó la otra, nacional); este elemento es el que forma lo que se llama *Constitución interna*. Hay, además, otro elemento mudable, sometido á la voluntad del sujeto de la soberanía, *Consti-*

(1) Acerca del doctrinarismo, véase Giner, *La política antigua y la política nueva;* Azcárate, *El Selfgovernment y la Monarquía doctrinaria*. He tratado de esta escuela política en *Los principios del Derecho político* y en los *Estudios sobre el régimen parlamentario en España*.

Digitized by Google

tución externa y escrita; 2.°, declárase, en virtud de esta distinción fundamental, algo que está en el Estado por encima de su voluntad actual y futura, algo que es el supuesto indiscutible de su régimen; de ahí que si en el seno de la sociedad se forma una opinión que pretenda cambiar en sus fundamentos mismos las instituciones de la Constitución interna: la Monarquía y el carácter específico de la representación, tal opinión tiene que alimentarse fuera de la legalidad, dando vida á los partidos *ilegales* y provocando la necesidad para la reforma íntegra de la Constitución, de un movimiento revolucionario.

Á estas ideas que excuetamente expongo, y que aun tendrán otros más amplios desarrollos, responden algunas Constituciones escritas. En realidad, aquellas Constituciones monárquicas que exigen la sanción real para la reforma constitucional, bien por procedimiento legislativo ordinario, bien por procedimiento extraordinario, implican el sentido doctrinario expuesto, del que se han librado poco á poco algunas, y del que se libran quizás actualmente otras, merced al influjo incontrastable de la opinión, que cada vez se dirige con mayor fuerza hacia el ideal de las instituciones representativas.

16. Examinando ahora las legislaciones positivas, nos encontramos, en cuanto al procedimiento legal adoptado para la reforma de la Constitución, con que pueden formarse tres grupos diferentes (1). En el *primero* figuran los

(1) G. Jona, *Le Reforme*, etc., pág. 99, y véase Bourgeaud, obra citada, especialmente páginas 151 y 401. Este último autor, colocándose en un punto de vista aparentemente más general, en realidad más parcial, reduce los sistemas de revisión á dos, «revisión por los poderes constituídos y revisión por el pueblo». Pero me parece que, si bien es exacta la

Digitized by Google

Estados que exigen para la reforma constitucional la reunión de *constituyentes*, ó mejor, la apertura completa del período de formación política, llamando á decidir de un modo ú otro á aquel que se reputa como el depositario más inmediato de la soberanía. En el *segundo* figuran los Estados que, si bien acuden á una forma extraordinaria, consiste ésta en dar á las Asambleas legislativas ordinarias el carácter y el poder de constituyentes, empleando para el caso procedimientos especiales, y los que por lo menos declaran cómo puede reformarse la Constitución. En el *tercero*, aquellos Estados que no tienen en las leyes disposición alguna á este propósito.

17. En el primer grupo podemos citar, como tipos principales, los Estados Unidos norteamericanos, Bélgica y Suiza.

Según la Constitución norteamericana de 1789, son cuatro las fases por que debe pasar una reforma constitucional: 1.ª, se consulta al pueblo acerca de la necesidad de convocar Convención; 2.ª, las legislaturas decretan la elección de la Asamblea de reforma; 3.ª, la Asamblea redacta el proyecto; 4.ª, que ha de ratificar el pueblo. El detalle de este proceso de reforma es como sigue: las reformas de la Constitución pueden ser propuestas ó por el Congreso (las dos Cámaras legislativas), por mayoría de dos terceras partes de los miembros de cada una de las Cámaras, ó bien por una Convención convocada al efecto en virtud de petición

---

distinción, con ella, por ejemplo, no se puede diferenciar el procedimiento hoy vigente en Francia, que no es de apelación al pueblo, pero que tampoco es el inglés, del procedimiento vigente en Suiza y en los Estados Unidos. Francia no abre verdaderos períodos constituyentes al tenor de la ley actual.

Digitized by Google

de las dos terceras partes de las Asambleas de los Estados. Pero las reformas propuestas no tienen vigor sino cuando resulten ratificadas por las tres cuartas partes de las Asambleas de los Estados, ó por las tres cuartas partes de las Convenciones reunidas por los Estados mismos, según que el Congreso hubiere establecido uno ú otro procedimiento de ratificación. Ningún Estado puede, sin su consentimiento, ser privado de la igualdad de sufragio en el Senado. La firma del Presidente de la República no hace falta para la aprobación de las reformas constitucionales.

Según la Constitución belga, el poder legislativo tiene derecho de declarar la necesidad de revisar las disposiciones constitucionales (art. 131). Hecha esta declaración, las Cámaras quedan desde luego disueltas, y se convocan nuevas Cámaras. Estas, de acuerdo con el Rey, establecen los puntos sometidos á revisión, y en este caso, las Cámaras no podrán decidir si no se hallan presentes dos tercios al menos de los miembros de cada una, y la reforma no será adoptada si no reune al menos dos tercios de los votos.

Según la Constitución suiza (1874), reformada en 1891, la Constitución federal puede ser reformada en todo tiempo total ó parcialmente (art. 118). Revisión total: cuando una sección de la Asamblea federal decreta la revisión constitucional, y la otra no accede, ó bien cuando 50.000 ciudadanos suizos con derecho de sufragio piden la revisión, la cuestión de si la Constitución debe ser reformada se somete en ambos casos á la votación, por sí y por no, del pueblo suizo. Si en uno ó en otro de esos casos la mayoría de los ciudadanos votantes se pronuncia por la afirmativa, los dos Consejos deberán ser renovados para pro-

Digitized by Google

ceder á la revisión (art. 120). La revisión parcial puede verificarse por vía de iniciativa popular, ó según lo estatuído para la legislación federal. La iniciativa popular consiste en una petición presentada por 50.000 suizos con voto, en la que se reclame la adopción de un nuevo artículo ó modificación y supresión de artículos determinados. Si se presentan varias proposiciones diferentes, cada una debe formar un proyecto de iniciativa distinto. La petición de iniciativa puede ser en formas generales ó en proyecto ultimado, y según se trate de una ú otra forma así procede la Asamblea federal (el art. 121 trae los detalles). La Constitución federal reformada entra en vigor cuando sea aceptada por la mayoría de los ciudadanos suizos votantes y por la de los Estados ó cantones. Para computar esta mayoría de los cantones, el voto de medio cantón se cuenta como medio voto. El resultado de la votación popular de cada cantón se considera como el voto del mismo (artículo 123) (1).

18. En el segundo grupo podemos citar como principales ejemplos á Francia y, hasta cierto punto, á Alemania.

Según las leyes constitucionales francesas de 1875 (artículo 8.°), las Cámaras tienen el derecho de acordar en deliberaciones y decisiones separadas, tomadas éstas por mayoría absoluta de votos, ya espontáneamente, ya á peti-

(1) Sólo cito en el texto los tipos principales de cada uno de los grupos, en lo relativo á los procedimientos de revisión constitucional, porque en el GUÍA que va al final se indicará el procedimiento y el articulado de casi todos los demás Estados europeos y americanos. Añadiré no más que acuden al procedimiento de las constituyentes muchos de los Estados americanos (Argentina, Nicaragua (reforma total), Paraguay, Salvador, Guatemala, Honduras), etc.

Digitized by Google

ción del Presidente de la República, si procede la reforma de las leyes constitucionales. Tomada por las Cámaras tal decisión, se reunen éstas en Versalles en Asamblea nacional para proceder á la discusión. Las decisiones relativas á la reforma parcial ó general de las leyes constitucionales deben ser tomadas por la mayoría absoluta de los miembros componentes de la Asamblea nacional.

Por la Constitución federal alemana, las reformas de la misma se efectúan de idéntico modo que las leyes ordinarias; pero *se consideran como rechazadas* todas las reformas que tengan en contra en el seno del *Bundesrath* (Consejo federal) 14 votos. Además, las disposiciones constitucionales que establezcan derechos especiales en favor de algún Estado frente al conjunto del Imperio, no pueden ser modificadas sin el consentimiento de los Estados mismos (1).

19. Antes de pasar á exponer la reforma constitucional en los Estados del tercer grupo, conviene hacer alguna indicación respecto de estos dos primeros.

Vese en casi todas las Constituciones á que nos referimos, según ya indiqué, como supuesto de que se parte, el de que la Constitución (término éste por lo demás muy vago é inseguro) se origina de un acto imperativo, expreso, del soberano, ó que tal se reputa, por ser el órgano más inmediato de la soberanía política. En casi todas se refleja el origen del derecho constitucional moderno, y el concepto del mismo, como un sistema de garantías formales, jurídi-

(1) Repito lo dicho respecto del primer grupo. Pudiéramos añadir algunas Constituciones europeas, como las de Austria, Prusia, Baviera, Sajonia, Wurtemberg, Suecia, etc., y americanas, como Méjico, Colombia, Brasil, Chile.

Digitized by Google

cas, frente al poder mismo. Pero analizando el contenido del texto se pueden señalar razones muy diversas entre las que actualmente motivan el empleo del procedimiento más ó menos extraordinario de reforma constitucional, donde además de la declaración de reformabilidad de la Constitución lo hay. Desde este punto de vista, cabe distinguir los Estados unitarios (Francia, Bélgica, Holanda), de los federales (Alemania, Suiza, Estados Unidos norteamericanos). En los primeros, el procedimiento extraordinario de reforma, muy atenuado por temor á los excesos del mismo en Francia, se procura recabar para la nación misma la última palabra de la soberanía y evitar los cambios bruscos. En los segundos, especialmente en Suiza y en los Estados Unidos, la reforma constitucional implica un respeto al pacto federal (1). La Constitución federal, origen natural de los poderes federales, no puede ser modificada sino por quien la ha dictado; hay, pues, necesidad de acudir á la fuente para no atentar á las soberanías particulares preexistentes. Nótese sino en Suiza y los Estados Unidos la directa participación del pueblo y de los *Estados* en la reforma de la Constitución; sobre todo, nótese esto en la última República citada, en que los Estados intervienen como Estados, y nótese además, respecto de Alemania, en la necesidad del consentimiento por parte del Estado cuando se trata de su derecho frente al Imperio.

20. En el tercer grupo de los tres que hemos distinguido podemos colocar como tipos más salientes las Constituciones de Inglaterra y de España.

---

(1) Véase Bryce, *The American Commonwealth;* Boutmy, obra citada; Sumner Maine, *Gobierno popular;* Dubbs, *Il Diritto publico della confederazione Svizzera.* (Biblioteca Brunialti, vol. VI, Parte 2.ª)

Digitized by Google

La Constitución inglesa, que no ha sido hecha, como es sabido, en un momento dado, que no se origina de un acto imperativo, no contiene en sus bases disposiciones *legales*, ni en los precedentes, procedimiento especial *legal* para su reforma. Ciertamente, muchas de sus fuentes, muchos de sus monumentos capitales, son obra ejecutada en momentos extraordinarios. La *Magna Carta*, el *Bill de derechos* y el *Acta de establecimiento*, son el producto legislativo de grandes agitaciones y de profundos trastornos. Pero esto no importa; Inglaterra desconoce *legalmente* la distinción formal de los períodos constituyentes y ordinarios y de los Parlamentos extraordinarios y normales. Las reformas políticas más radicales, tales como las leyes electorales de 1832, 1867 y 1884, así como las reformas que ahora realiza con el *bill* relativo á Irlanda (*Home rule*), fueron y son obras de los Parlamentos, reunidos sin solemnidades ni requisitos particulares, prefijados por las leyes, y sin declaración expresa de que se tratase de reformar la Constitución.

Sin embargo, ¿quiere esto decir que en Inglaterra se conceptúe la obra constitucional, como obra de los poderes constituídos, los cuales en sí mismos se reputen irreformables? ¿Quiere esto decir, por otra parte, que en Inglaterra la reforma constitucional no reviste nunca caracteres extraordinarios?

Ni lo uno ni lo otro. Nada hay en Inglaterra que esté por encima de la voluntad misma del Estado. Los principios que implica el *Selfgovernment*, entrañan el supuesto de que, sobre las aspiraciones sociales formuladas, concreta y especialmente por los medios ordinarios y extraordinarios de que disponen la opinión pública, no está nadie. Por otra parte, estudiando de cerca lo que es corriente ocurra

Digitized by Google

en aquel país, cuando se trata de transformar alguna de las instituciones fundamentales del Estado (reforma electoral, reforma de Irlanda, etc.), se puede establecer una distinción real entre los procedimientos ordinario y extraordinario de reformas políticas. Burgess ha puesto esto muy en claro, y aun cuando creo pueden hacerse algunas reservas respecto del valor de los términos que emplea, me parece muy aceptable su teoría (1). Según Burgess, en Inglaterra se ha llegado á fijar prácticamente la esencial diferencia entre Estado y Gobierno. El Gobierno, que ordinariamente rige la vida de la nación, lo forman la Cámara de los Comunes, la de los Lores y el Rey; pero dados los trámites á que el Rey puede acudir, y debe acudir cuando surge un conflicto por disparidad de opinión entre estos órganos del Gobierno, y la necesidad que hay, en último extremo, de someterse á la decisión de la Cámara de los Comunes, después de haber sido consultado una ó más veces el cuerpo electoral, se infiere que el Estado tiene como órgano más directo, esta misma Cámara de los Comunes, que es la que, en definitiva, fija la tendencia y los límites de la reforma constitucional.

Lo caracterísco aquí es, que no todas las reformas políticas requieren ese trámite extraordinario, que no se abre exprofeso el período constituyente, y que se acude á aquellos trámites, y queda en realidad este período abierto, llegando hasta cierto punto al plebiscito, cuando las circunstancias lo exigen, es decir, cuando se trata de una reforma radical contra la que hay en la sociedad una fuerte oposi-

(1) Obra citada, t. I, páginas 95, 96, 138 y 141; t. II, pág. 131, y en otros varios lugares de tan hermoso libro.

Digitized by Google

ción. Lo que pasó en Inglaterra con las reformas electorales principales; lo que en estos mismos tiempos está ocurriendo con la cuestión de Irlanda, son los ejemplos comprobatorios más exactos de lo que queda dicho.

21. Nuestra Constitución de 1876 no tiene disposición explícita alguna relativa á su reforma. Ella misma es obra de unas Cortes *ordinarias* con la sanción del Rey. Lo dice bien claramente el encabezado: «D. Alfonso XII, etc. Á todos los que la presente vieren y entendieren, sabed: Que en unión, y de acuerdo con las Cortes del Reino actualmente reunidas, hemos venido *en decretar* y SANCIONAR la siguiente Constitución.... » Obedece en este punto á principios radicalmente distintos de aquellos á que obedecía la de 1869 y restaura aquellos mismos á que en la letra y en el espíritu obedecía la de 1845.

Ahora bien: la falta de un procedimiento especial explícito de reforma de la Constitución en la española de 1876, ¿nos autoriza para poder pensar de ella algo análogo á lo que hemos dicho de la inglesa? En modo alguno. La Constitución española, en *sus orígenes* sobre todo, según puede verse en las discusiones parlamentarias, obedecía fielmente á los principios que quedan expuestos del doctrinarismo (números 14 y 15). Presupone esta Constitución escrita (*externa*) una Constitución interna, fundamental, cuyos elementos son la monarquía irresponsable é indestructible y la representación nacional. Dada esta doctrina, parece inferirse que la Constitución externa, la escrita y ordenada en el documento sancionado y promulgado en 1876 debe ser reformable. Pero una gran dificultad se presenta. ¿Como? La Constitución, según dejo dicho, guarda un silencio completo. Del art. 23, por

Digitized by Google

el cual se disponen que «las condiciones necesarias para ser nombrado senador *podrán* variarse por una ley», parece indicarse que las demás disposiciones constitucionales no *podrán* variarse por medio de una ley.

Á ser esto cierto, la dificultad es invencible: ó bien hay que declarar la Constitución escrita irreformable, ó bien hay que suponer que la Constitución esta incompleta ó que lo del art. 23 fué una ligereza de nuestros legisladores (1).

Aunque parezca extraño, de todo esto hay algo. Si no de derecho, de hecho, el ideal ó aspiración de los legisladores de 1876, era que las Constituciones no se reforman ó se reforman difícilmente, y así se explica que esté incompleta. Realmente la determinación de un procedimiento de reforma, hubiera sido un aliciente á las tendencias reformistas aun dentro de la legalidad. Y que esto es exacto, es decir que en la mente de los legisladores hubo el pensamiento de añadir á la Constitución algo de procedimiento de reforma, lo prueba el citado art. 23, que *permite* el cambio de condiciones para ser nombrado ó elegido senador *por medio de una ley*.

Ahora bien; prescindiendo de estas explicaciones y ateniéndonos á la mera parte dispositiva actual, esto es, tomando la Constitución escrita tal y como está, ¿puede sostenerse que, por no existir un procedimiento especial de reforma, no es reformable legalmente? Me inclino á creer que no. En mi sentir dentro de los supuestos doctrinarios de la Constituciones actual, hoy ya un tanto atenuados

(1) Un hombre de Estado español, de los que más contribuyeron á hacer la Constitución actual, ha declarado que lo de la falta de procedimiento de reforma, fué..... *¡un olvido!*

Digitized by Google

después de los años de la Regencia, cabe decir que puede reformarse la Constitución de la misma manera que se hizo, á saber, por votación de las Cortes y con la sanción de la Corona. Después de todo, ¿no es evidente que aun en el caso de haberse prefijado á su tiempo el procedimiento de reforma constitucional, se hubieran fijado trámites análogos? Á lo más se hubiera dispuesto la reunión de Cortes exprofeso; pero de la sanción real no se hubiera prescindido.

No creemos necesario detenernos ahora á manifestar, que la reforma constitucional á que nos referimos con relación á España, es la que dentro de los procedimientos taxativamente legales puede verificarse, pues de prescindir del valor positivo de los textos, nos veríamos en la necesidad de reconocer la posibilidad futura del conflicto de reforma de la Constitución actual, ya totalmente, ya de modo que por declaraciones expresas se cambiase la condición fundamental de las instituciones, conceptuadas constitucionalmente como intangibles. Quizá esto último se ha conseguido, en parte, por medio de esos cambios lentos que se reflejan en las costumbres y en las ideas, sin concretarse en las leyes; pero conseguido ó no, lo cierto es que por los caminos de la legalidad expresa, ó mejor aun, del *articulado* de la legalidad, aquellas reformas á que me refiero, no son posibles, así es que si algún día la opinión pública con su poder inevitable las reclamase, tendría que procederse como las circunstancias del momento lo permitieran, bien dentro de cierta amplísima legalidad *no escrita*, bien por los azarosos caminos de la *revolución* (1).

(1) En este grupo pueden citarse también, el Imperio austro-húngaro, Baden é Italia.

Digitized by Google

22. Baste lo expuesto para poder formar una idea clara y acaso precisa de las tendencias reinantes en punto á reforma constitucional. Reduciendo á términos generales las legislaciones, en la reforma constitucional se manifiesta, del modo más ostensible, la idea del Estado moderno como Estado que en sí vive bajo el imperio del derecho. La misma parte defectuosa y criticable de la apelación á procedimientos extraordinarios, y de las distinciones entre el derecho constitucional y el resto del derecho positivo, donde persiste, y en todos los Estados, el carácter expreso é imperativo del texto y su sumisión á la acción legislativa del Estado, no indican otra cosa en rigor. Por eso debe conceptuarse como signo de buen augurio, para la realización del ideal del Estado representativo, todo cuanto, *por de pronto*, tienda á imprimir caracteres de seriedad y de fuerza al derecho constitucional, aun cuando sea de desear y de esperar, que *luego* una noción más exacta haga ver este como derecho, al igual que las demás ramas, necesario é imprescindible, por haberse penetrado la opinión de lo que tales caracteres significan, y por ende resultar inútil el consignarlos.

Digitized by Google

CAPITULO VI.

PLAN DEL ESTUDIO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO.

1. La exposición de las cuestiones tratadas en los cinco capítulos anteriores, nos capacita ya para poder entrar de lleno en el estudio del contenido positivo del derecho constitucional. En junto, pueden conceptuarse los capítulos citados, y el presente, algo semejante á una introducción especial y directa al derecho político moderno. En efecto: los estudios hechos, á continuación de la exposición de la TEORÍA DEL ESTADO (t. 1), nos permiten orientarnos en las subsiguientes investigaciones del derecho constitucional.

Era, en verdad, muy necesario para esto definir, según hemos procurado hacerlo, este derecho, señalando sus fundamentos filosóficos é históricos y su formación real y efectiva. No es esto todo lo que una *Introducción* amplia y completa exigiría, pero sí lo suficiente para el propósito que aquí se persigue, sobre todo después que realicemos la tarea que constituye el objeto del presente capítulo.

2. Consiste este objeto en la determinación del plan que vamos á desarrollar en la exposición del derecho constitu-

Digitized by Google

cional. Ya, al indicar la esfera del mismo, según sus diferentes aspectos (cap. III, núm. 6), se advirtió que no abarcaría esta obra todo el contenido enciclopédico del derecho constitucional. En primer lugar, no es esto posible dentro de los límites, por precisión estrechos, de que dispongo, ni es además necesario.

Una exposición completa de *todo* el derecho constitucional contemporáneo con sus antecedentes, en la cual se señalasen con la debida exactitud todas sus *fuentes*, indicando, además, absolutamente todas las variantes y matices ideales é históricos, exigiría una obra de proporciones muchísimo mayores que aquellas que puede en rigor alcanzar el presente TRATADO.

Por otra parte, como dejo apuntado, trabajo tal no es para el caso necesario, persiguiendo como persigo, al igual que hace en su hermosísimo libro Burgess (1), un fin no *enciclopédico*, sino *sistemático*, y el cual consiste en la exposición de los caracteres fundamentales del derecho constitucional, con indicación detenida de aquellos tipos más salientes y capitales que son, bajo un aspecto, los más originales y consistentes, y bajo otro, los que más han influído en la formación moderna del Estado, según el ideal de nuestros tiempos y las tendencias de la época.

Ahora bien; persiguiendo semejante fin, debe prescindirse, sin duda, de la mayoría de las Constituciones modernas, para fijarse con intensidad en aquellas que reunen las condiciones especiales á que hago referencia. Después de todo, cuando no se acude á la historia, por amor á la historia sólo, cuando lo que interesa no es el hecho por el

(1) Obra citada, t. I, pág. 90.

Digitized by Google

valor que en sí mismo tiene, sino que se va á la historia á interpretar los hechos para ver de qué manera representan éste ó aquel ideal, y además se intenta indagar la ley á que tales hechos responden, la investigación debe aligerarse mucho del peso de la erudición, para fijarse con preferencia en los fenómenos más significativos que sea posible señalar dentro del orden total de los de un mismo género. No debe olvidarse que en trabajos como el que intentamos, se trata, no de decirlo todo, sino de decir estrictamente lo necesario.

3. El tratadista que modernamente (1890-91) ha hecho una exposición sistemática del derecho constitucional dentro de límites análogos á los que me impongo en esta indagación, M. Burgess (1), escoge entre las numerosas Constituciones contemporáneas las de la Gran Bretaña, Estados Unidos, Alemania y Francia. Son éstas, según él, las que mejor reflejan el conteuido del derecho constitucional, y las que con sus caracteres típicos «representan substancialmente todas la especies de constitucionalismo que hasta ahora se han desarrollado» (2).

En efecto; estas cuatro Constituciones, como el propio Burgess afirma, son las de los cuatro más importantes Estados del mundo, y además los cuatro modelos de Constitución política más originales, y que en un estudio comparativo pueden servir para poner de manifiesto las diferentes condiciones bajo que el Estado moderno se ha producido y vive, y los diferentes resultados obtenidos,

---

(1) *Political Science and comparative constitutional law*, vol. I. *Sobereanity and Liberty*, vol. II. *Gobernment.*—Boston, 1890-91.

(2) Obra citada, vol. I, pág. 90.

Digitized by Google

siendo, por otra parte, las formas políticas más perfectas á que en la evolución histórica del Estado jurídico se ha llegado hasta el momento actual.

4. Pero me parece que el cuadro, sin duda exacto y admirablemente presentado, de las instituciones constitucionales modernas, hecho por Burgess, queda incompleto para todos en general, y muy especialmente para un español, como para un italiano ó un belga. A las cuatro Constituciones estudiadas en sí mismas y comparativamente por Burgess, debe añadirse una quinta, que representa un tipo de constitucionalismo que en ninguna de las otras encarna con fidelidad, y que, sin embargo, tiene en el continente europeo una excepcional importancia histórica, y aun actual, á pesar de que va en todas partes de capa caída.

¿Es lógico, en verdad, ni menos justo, prescindir en un tratado sistemático del derecho constitucional comparado, del constitucionalismo belga, italiano, portugués ó español, es decir, del constitucionalismo monárquico parlamentario, que en Francia vivió bajo Luis Felipe, y que en algunas partes viene á ser el más inmediato resultado de las transformaciones directas de las Monarquías tradicionales? ¿Es lógico, por otra parte, en un estudio del constitucionalismo moderno, prescindir del influjo del doctrinarismo monárquico, que todavía tiene representaciones tan genuinas como la Constitución española?

Bien sé que la Constitución alemana, y más especialmente la prusiana, resumen no pocas manifestaciones de los principios doctrinarios; pero el doctrinarismo no es en la raza germana donde mejor se pudo desenvolver, y además, el valor histórico del poder real é imperial tiene allí un alcance, que hasta la fecha, y á pesar de las grandes

Digitized by Google

transformaciones y sacudidas internas que el Imperio sufre, no puede decirse que la Constitución alemana sea el tipo de la Constitución monárquico-parlamentaria del continente, tan distinto por tantos motivos del constitucionalismo parlamentario inglés.

Todo esto aparte de lo incompleta que siempre resultará para nosotros cualquier exposición histórica ó sistemática del derecho constitucional, en la que se prescinda de la legislación patria, y que no contribuya á explicar de qué manera y bajo qué influjos exteriores se ha implantado en España el régimen moderno y las analogías y diferencias que resultan entre el tipo actual de nuestra Constitución escrita, comparada con las otras más originales, y desde ciertos puntos de vista más importantes, en razón de la misma originalidad histórica é importancia política de sus respectivos pueblos.

Por todo lo expuesto me ha parecido oportuno que la indagación del derecho constitucional de este tomo abarque, según el plan que luego expondré, las Constituciones de Inglaterra, Estados Unidos, Francia, Alemania y España, con determinadas alusiones en ciertos puntos á otras que han desarrollado especialmente tal ó cual institución característica.

5. He aquí ahora, en brevísimo bosquejo, de qué modo pueden servirnos las cinco Constituciones citadas para distinguir el sistema complejo de todos los diferentes tipos de organización política moderna, resultado de la diversidad de condiciones en que un mismo principio, el del Estado jurídico, se viene produciendo.

Es preciso para el caso recordar los caracteres que hemos señalado como propios del Estado moderno en el último

Digitized by Google

capítulo de la TEORÍA DEL ESTADO (1). Es el Estado moderno *nacional*, *constitucional* y *representativo*, con más ó menos perfección. Pero repito que por las circunstancias de lugar y de desarrollo histórico, y por influjos políticos de orden variadísimo, este Estado reviste formas muy diferentes, que aparecen realizadas por alguna ó algunas de las cinco Constituciones citadas de la manera que se va á exponer.

Reduciendo á términos ordenados los varios puntos de vista desde los cuales puede interesar el estudio del tipo de una Constitución moderna, podemos señalar cuatro principales, á saber:

1.° Atendiendo á la formación histórica de la Constitución. Según esto, las Constituciones modernas realizan dos tipos definidos: el predominantemente tradicional, no escrito, que representa como ninguna otra la *Constitución inglesa*, y el predominantemente *razonado*, escrito, ideal, que representan los *Estados Unidos*, *España*, y sobre todo *Francia*, siendo *Alemania*, por sus antecedentes ó tendencias, un tipo intermedio, que en definitiva se inclina más al segundo que al primero de los dos anteriores (véase capítulo V, núm. 2).

2.° Atendiendo á la forma del Gobierno. Según esto, tenemos la forma monárquico-representativa-parlamentaria en *Inglaterra*, la monárquico-parlamentaria-doctrinaria en *España*, la monárquica *meramente* constitucional en *Alemania*, y la forma republicana parlamentaria en *Francia*, y republicana-representativa-presidencial en los *Estados Unidos*.

---

(1) Página 394, lib. VII, cap. III, números 1, 2 y 3.

Digitized by Google

3.º Atendiendo el carácter expreso ó tácito del lazo de unión que ha ocasionado el Estado. La forma unitaria pura la representa *Francia*, y hasta cierto punto *España*, la unitaria orgánica del *Selfgovernment*, *Inglaterra*, y la *federal Alemania* y los *Estados Unidos*.

4.º Atendiendo á la combinación de la forma de Gobierno con la forma de unión política. Se puede distinguir en este caso, el Imperio federal alemán, resultado de la combinación del principio monárquico con el federal; la República federal de los Estados Unidos, resultado de la combinación de la institución republicana y del mismo principio federal; la Monarquía unitaria de Inglaterra (orgánica), y de España, y la República unitaria, que representa típicamente Francia.

Por otra parte, estas cinco Constituciones realizan los distintos ideales del principio de la soberanía política, compatibles con la idea y aspiraciones del Gobierno representativo, según veremos en su lugar oportunamente.

6. Viniendo ya á desenvolver especialmente el contenido de este capítulo, debo manifestar, ante todo, que teniendo en cuenta los elementos con que para el conocimiento contamos, me propongo alcanzar como resultado ideal, *la definición de los caracteres distintivos de la organización del Estado moderno constitucional, con las determinaciones especificas de las formas diferentes bajo que se realiza, y al realizarse tiende á cumplir la idea del Estado jurídico representativo.*

7. Este resultado exige para ser comprendido, además de todo lo expuesto: 1.º, la previa explicación de las cuestiones fundamentales que entraña el derecho constitucional, y cuyo estudio sucesivo constituirá el plan mismo de la obra; y 2.º, la explicación, también previa, del proce-

Digitized by Google

dimiento más adecuado para verificar el indicado estudio.

8. El contenido del derecho constitucional lo reduzco á *tres cuestiones principales*, correlativas, hasta cierto punto, con las *tres partes fundamentales*, en que según Burgess, consiste toda constitución. En mi opinión, aquellas tres cuestiones principales son: 1.°, determinación del principio dominante relativo á la soberanía; 2.°, ordenación jurídico-política de los derechos de la personalidad, y 3.°, organización del Estado, como Estado, y del *Gobierno* del Estado.

9. Como acabo de indicar, esta distinción y señalamiento de las cuestiones del derecho constitucional coincide, en general, con las tres partes que Burgess conceptúa como fundamentales en toda Constitución; pero hay entre ambas divisiones esenciales diferencias. La primera parte y la tercera quedan en la clasificación de Burgess un tanto incompletas, y la segunda, tal como Burgess la expresa, tiene un alcance muy diferente del que en mi opinión debe dársele; alcance éste que, á no ser por guardar ciertas proporciones del sistema y por no romper completamente con la tradición, cosa que no me atrevo á verificar, aun sería para mí muy distinto, por las razones que luego expondré.

Pero detengámonos un momento á explicar las diferencias á que en las indicaciones anteriores aludo. Burgess conceptúa como parte primera fundamental de toda Constitución completa, «la organización del Estado para el cumplimiento de los cambios futuros» de aquélla (1). Es, como se ve, lo mismo que hemos denominado y generalmente se denomina: *reforma constitucional*. Ahora bien; en mi sentir, la reforma constitucional tiene, como cuestión

(1) Obra citada, cap. VI, pág. 137.

Digitized by Google

general, importancia sobre todo, como medio de formación y de transformación, expresa y reflexiva del derecho político, y en el cuerpo del derecho constitucional positivo de un pueblo es un dato, no más que uno de los datos, para resolver un problema más amplio y verdaderamente fundamental, á saber: el del principio de la soberanía á que la organización total del Estado responde. En todas las Constituciones fuera de la significación indicada de la reforma constitucional (medio de hacer y rehacer el derecho del Estado), debe ser referida ésta á la parte dogmática, en que se define la soberanía y el órgano de la soberanía.

Por eso, no conceptúo que debe considerarse lo relativo á la reforma de la Constitución como la primera cuestión ó parte de toda Constitución; la primera cuestión ó parte de toda Constitución debe ser averiguar el ideal político que en ella encarna, ó lo que es lo mismo, la determinación del criterio con arreglo al cual resuelve el derecho positivo, el problema práctico de la soberanía.

Realmente, un origen de diferencias capitales entre las Constituciones que acaso exteriormente se parecen muchísimo (Inglaterra y España, por ejemplo), está en la manera diferente de resolver el problema de *quién es el soberano*, y *por quién se ejerce la soberanía*. Los ideales diferentes apenas realizados en las diferentes Constituciones españolas, por ejemplo, en las de 1869 y 1876, están expuestos terminantemente en las declaraciones, tocante á la soberanía nacional de la primera, y en las que del encabezado de la segunda pueden inferirse, respecto á la soberanía *repartida* entre la Monarquía, que representa el Rey, y la representación nacional, viva en las Cortes.

¿Qué más? Aun cuando Burgess formula la primera parte

Digitized by Google

de la Constitución, como relativa al procedimiento para su reforma, lo que mediante ella busca es..... el Estado, lo que él llama *forma del Estado*, es decir, el soberano, ó que tal se reputa y como tal obra en los diferentes pueblos cuyo derecho constitucional estudia.

Respecto del alcance del contenido de la segunda parte de las Constituciones, que Burgess llama *constitución de la libertad* (*constitution of liberty*), y que yo denomino *ordenación de los derechos de la personalidad*, afirmo que es distinto, porque Burgess la conceptúa como elemento esencial y substantivo del derecho constitucional, y en mi opinión los derechos de la personalidad, son derechos constitucionales cuando se refieren al ejercicio de actividades políticas (derechos para el fin político, derechos propios del ciudadano ó miembro del Estado), cayendo todo el derecho de la personalidad de un modo indirecto en la Constitución, en cuanto entrañe declaraciones más ó menos dogmáticas que revelan la idea reinante de la soberanía en el Estado (1).

Por fin, en lo tocante á la tercera cuestión ó parte de la Constitución, Burgess contiene en ella como asunto capital la Constitución del Gobierno (*Constitution of government*), y yo creo que debe tratarse de algo más amplio, cual es la organización del Estado, y *dentro de ella*, como término menor, la del Gobierno.

10. Además, estas cuestiones fundamentales exigen un estudio especial de carácter realmente constitucional positivo, relativo á la determinación de las fuentes jurídicas

(1) Por eso estas dos primeras cuestiones forman en rigor lo que en el cap. I llamábamos *Parte dogmática* de las Constituciones.

Digitized by Google

de cada una de las cinco Constituciones que deseamos exponer.

11. De ahí que, ordenando de una manera adecuada, según las indicaciones hechas, las materias que han de constituir el objeto de nuestras ulteriores indagaciones, podemos hacer la siguiente distribución de las mismas:

1.° Determinación de las fuentes del derecho constitucional positivo actual.

2.° Determinación del principio de la soberanía, según las Constituciones.

3.° Organización de los derechos de la personalidad.

4.° Organización del Estado, como Estado *no oficial*.

5.° Organización del Gobierno (*Estado oficial*).

12. Sólo muy breves indicaciones voy á hacer respecto del procedimiento, tanto de investigación como de exposición. No creo que es, hoy por hoy, lo mejor prescindir de la indagación misma de los textos positivos, limitando la tarea expositiva á dar una idea general del Estado moderno, según resulta ya formada y admitida en virtud de ciertas soluciones generales bastante aceptadas. Así han procedido la mayoría de los expositores españoles del derecho constitucional, así proceden muchos expositores italianos, así proceden también los franceses y algunos alemanes. Creo necesario tener el texto constitucional presente en todos los momentos, y me parece que responde á todas las exigencias de la investigación y exposición, el procedimiento constructivo, que no analiza ni sintetiza aisladamente, sino que *construye*, poniendo de manifiesto los elementos con que se construye, ayudado en el caso en que se trata de una indagación que tiene sus fundamentos en los datos históricos, por el procedimiento *comparativo*, á

Digitized by Google

cuya aplicación se deben resultados tan admirables en las ciencias naturales y en no pocos ramos de las ciencias históricas y filológicas.

13. Como va á verse inmediatamente, lo primero que haremos será fijar fiel y exactamente las fuentes no escritas y escritas; con la fijación de las fuentes, resultará determinado el carácter general de cada una de las Constituciones en sí y en su formación evolutiva. Ya entonces se pueden señalar en una primera ojeada las analogías y las diferencias generales que no se relacionan directamente con los detalles. Luego, con las fuentes siempre á la vista, será ocasión de penetrar más íntimamente en el contenido del derecho constitucional, determinando aquellas otras analogías que revelan y traducen la unidad ideal del Estado moderno en sí mismo y en su organización, y las diferencias que acusan tanto las derivaciones racionales dentro de ese ideal, por razón de las circunstancias, cuanto aquellas derivaciones del mismo que denuncian las dificultades sin cuento con que la humanidad tropieza en el camino de la perfección política.

Á la luz de este fecundo procedimiento comparativo, adquieren las Constituciones cierta personalidad y hasta cierta individualidad plástica, que contribuye excelentemente á su completo conocimiento. Son, en verdad, y lo pone el procedimiento de manifiesto de un modo admirable, las Constituciones como las representaciones de un género vivo que tienen entre sí caracteres comunes, por lo que pueden definirse en conjunto como un género, y caracteres especiales que dan á cada una su fisonomía propia, su personal individualidad.

14. Atendiendo al público, para quien naturalmente se

Digitized by Google

dedica este libro, público que dispone hasta hoy de escaso caudal de fuentes, en propio idioma, donde enterarse para saber de la organización política de los Estados modernos, la obra sistemática que ligeramente dejo descrita, necesita un complemento muy de otra índole, pero de tanta, cuando no de mayor utilidad inmediata. Este complemento procuro darlo en el GUÍA PARA EL ESTUDIO Y APLICACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÁNEO, que va á guisa de *apéndice*, y en el que, partiendo de las enseñanzas que en la exposición sistemática se recojan, han de comprenderse todos los materiales para un conocimiento más amplio, y hasta cierto punto enciclopédico, del derecho político de los Estados actuales.

En este GUÍA, que puede en rigor formar una obra independiente, me propongo dar el texto exacto y manejable por medio de una ordenación adecuada de las *cuatro* Constituciones escritas que, con la inglesa, nos sirven de base en la exposición sistemática, y las indicaciones necesarias para completar el conocimiento de las fuentes de casi todas las Constituciones de Europa y América, respecto de las cuatro cuestiones fundamentales á que hemos reducido el derecho constitucional. Por último, procuraré ilustrar el estudio y aplicación de las Constituciones positivas con notas bibliográficas, tan completas y ordenadas como me sea posible.

Digitized by Google

LIBRO II.

LAS FUENTES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL POSITIVO.

Digitized by Google

Digitized by Google

LAS

FUENTES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

POSITIVO.

CAPÍTULO PRIMERO.

DEFINICIÓN DE LAS NACIONES CONTEMPORÁNEAS COMO SUPUESTO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL.

1. Los cinco pueblos cuyas Constituciones se toman aquí como tipos del derecho político moderno, pueden conceptuarse como representaciones diversas de la idea contemporánea del Estado territorial, realizada ésta con más ó menos perfección y con una mayor ó menor definición histórica. Todos ofrecen raros é interesantísimos ejemplos de nacionalidades, con fuerza interna suficiente para haber llegado á constituirse como Estados independientes, con capacidad bastante para darse una propia organización política y mantenerla, revelándose en cada uno, bajo una combinación original personalísima, los caracteres que en su lugar expusimos como distintivos de la nación.

2. Preciso es, para el objeto que perseguimos, de penetrar en el espíritu del derecho constitucional de estos pue-

Digitized by Google

blos, que procuremos definirlos en aquella de sus formas históricas, que es el supuesto actual de su existencia como Estados políticos constitucionales.

Al efecto, se debe recordar en breves términos lo que una nación es: Burgess, como varias veces he dicho, conceptúa que una población constituída en unidad étnica, habitando una unidad geográfica, es una nación (1). Para Renán, la nación resulta de la unión estrecha de un grupo de hombres con una tierra (2). Detallando más el concepto, se definía en la TEORÍA DEL ESTADO (3) la nación como «una forma, entre otras, de agrupación social política, sociedad de sociedades, total ó completa, producto de la historia, permanentemente establecida en territorio propio, y formada merced á la unidad de razas, fusión de razas distintas ó predominio de una, á la existencia de un idioma único ó dominante, á la comunidad de intereses, y que se expresa mediante la conciencia colectiva en la idea de patria, en la aspiración ó sostén de la autonomía y en la afirmación de su personalidad jurídica».

Ahora bien; Inglaterra, Francia, España y Alemania, en Europa, y los Estados Unidos en América, son pueblos que, por de pronto, presentan á la simple observación todas las condiciones y caracteres que implica la nacionalidad, ó sea el sentimiento que resulta de ser un pueblo nación (4), con más los que en la vida política internacio-

---

(1) Obra citada, t. I, pág. 1.

(2) *Hist. du peuple d'Israël*, t. I, pág. 192.

(3) Página 83.

(4) Puede verse la distinción entre el significado de *nación* y *nacionalidad* en el *Discurso de apertura del Ateneo*, del Sr. Cánovas del Castillo (1882).

Digitized by Google

nal, se reputan necesarios para gozar de la consideración de tal.

En efecto, basta la más rápida ojeada, para ver que todos ellos son sociedades complejas, resultantes de la unión de las diferentes formas sociales humanas; que son todos sociedades totales y completas, pues ninguno, como reunión de hombres, está constituído para nada particular del fin humano; que todos se encuentran establecidos en territorio propio, de aquella manera permanente que la vida nacional exige, y, por fin, que de un modo ú otro, con más ó menos trabajo y dificultad, todos ellos son producto de la historia.

3. Si pasamos ahora á ver de qué manera se reflejan en estos pueblos de que tratamos los caracteres más íntimos de la nación, mediante un estudio más detenido de su personalidad nacional, preciso es que procuremos definir ésta con relación á cada uno de aquéllos.

Sintéticamente considerados los caracteres de la nación, pueden reducirse á dos grupos: el uno resultado de la acción y reacción de todos los elementos que forman el medio físico en que la nación vive, y el otro el constituído á consecuencia de los influjos verdaderamente humanos que la integran. Lo propio y específico de la nación consiste en la manera especial como toma y hace suyo el medio físico de donde se derivan los caracteres de este orden, y en la manera especial también como la población se sustantiva, unifica y personaliza, dè donde se derivan los caracteres del otro orden, á saber: del orden humano, ó en términos más propios quizá, psíquico.

4. La nación en la relación física de su vida, como consecuencia de su instalación histórica en el territorio que

Digitized by Google

para ser nación llega á hacer propio, y en el que como nación vive permanentemente, ha de ser en lo posible una verdadera unidad geográfica. Todos los caracteres del orden físico á que aludimos se resumen en esto. Pero la dificultad estriba en saber cuál es la unidad geográfica nacional. En rigor toda sociedad política no nómada, tiene su unidad geográfica, por cuanto se instala en un territorio dado, en virtud del ejercicio de su acción, dentro de ciertos límites determinados por fronteras naturales: un río, una montaña, el mar, etc. Los municipios suelen tener entre sí estos límites fronterizos, y los tienen generalmente las provincias ó regiones superiores á los municipios, sobre todo cuando son formaciones espontáneas.

Realmente la unidad geográfica nacional no se distingue por sí misma como unidad determinada por las condiciones territoriales, de las demás, correspondientes á sociedades políticas inferiores; es necesario ver siempre, en primer término, que se trata en la nación de una sociedad de sociedades, compleja, caracterizada por todas aquellas otras condiciones que indicamos en la definición general de nación.

Hoy por hoy, lo que determina la nación desde este punto de vista, es que dentro de la unidad geográfica, se contiene una población íntima y estrechamente compenetrada con el medio, la cual se halla compuesta por la unión histórica de sociedades políticas de primero y segundo grado, cuando menos. Una nación ha de ser reunión de municipios y de regiones, que, ó tiene ya la independencia conquistada, ó tiende á conseguirla.

Idealmente, dado el supuesto de la reunión de hombres con esos y los demás caracteres psicológicos, la unidad geo-

Digitized by Google

gráfica, es decir, el territorio ambiente en que esa reunión está, se ofrece para su vida, como un sistema más ó menos complejo de ríos, valles, llanuras, montañas, generalmente costas, por lo común continuo, y que afecta á los hombres de una manera relativamente uniforme, en razón de la continuidad y de la analogía, relativa también, de las condiciones climatológicas, productivas, y á la vez de un modo vario, que determina contrastes, más ó menos opuestos, los cuales se completan en la unidad superior nacional.

La causa natural determinante de la formación de estas unidades geográficas está en los obstáculos más ó menos insuperables con que la expansión de los núcleos humanos tropezó en la historia, obligándolos á vivir distribuídos en territorios separados por líneas de montañas, por anchos ríos, por bosques impenetrables, por diferencias climatológicas acentuadas, etc., etc.

Como ocurre con todo lo que revista directamente, ó de un modo mediato, por reflexión, caracteres humanos, las unidades geográficas reales, es decir, las unidades que resultan en la naturaleza por la combinación armónica de las cadenas de montañas, de las riberas de los ríos, de las llanuras y de la forma de las costas, no coinciden exactamente con el ideal, al relacionarse con el contenido social; así se ve que el asiento político de las sociedades, por esta y otras razones, no realiza ni puede realizar á la perfección el tipo vivo de las naciones, según teóricamente lo concebimos.

En un interesantísimo estudio de Burgess (1) acerca de *la distribución geográfica presente de las naciones y naciona-*

(1) Obra citada. Part. 1.ª, lib. I, cap. II.

Digitized by Google

lidades, se ve bien clara esa falta relativa de correspondencia entre los núcleos geográficos de Europa y América del Norte y los núcleos que se reputan nacionales. Europa, por ejemplo, puede dividirse, geográficamente considerada, en *nueve* grandes unidades geográficas en razón de los diferentes sintemas territoriales, á saber: 1.ª, Península ibérica; 2.ª, Islas británicas; 3.ª, las Galias; 4.ª, Península italiana; 5.ª, Península de los Balcanes; 6.ª, Península escandinava; 7.ª, Territorios centrales; 8.ª, Territorios danuvianos; 9.ª, Región oriental. Pues bien; en esas unidades geográficas, las razas que han ocupado la Europa hanse establecido formando muy diversos centros étnicos: el celta, el germano, el escandinavo, el eslavo, el turco, el heleno, el romano y latino, el vasco, etc., etc.; éstos, como centros étnicos derivados directameute del gran núcleo ario, y en parte y por cierto rozamiento del semita, que del entrecruzamiento de unos con otros se han originado otros núcleos étnicos más secundarios, y por fin los pueblos que forman los gérmenes expansivos de las naciones actuales. En definitiva, la humanidad europea encuéntrase hoy ocupando las nueve unidades geográficas y distribuída en grandes y regulares agrupaciones que no coinciden con ellas (1). Políticamente cuenta Europa con cuatro repúblicas, cuatro imperios, doce reinos, cuatro principados y un gran ducado: total, veinticinco unidades que se reputan Estados, con una población de 357.379.000 habitantes en una superficie de 9.908.712 kilómetros cua-

(1) Véase Freeman, *L'Histoire d'Europe d'après le geographie politique*. Lavisse, *Coup-d'œil sur l'Europe politique*.

Digitized by Google

drados, lo que hace un promedio de 37 habitantes por kilómetro cuadrado (1).

La América del Norte, de dos á tres veces mayor que Europa en cuanto á su superficie territorial, no ofrece géográficamente la rica variedad que ésta. Mirando sólo al territorio, pueden distinguirse á todo más tres unidades geográficas, y teniendo en cuenta las condiciones climatológicas, pueden enumerarse seis regiones bastante bien diferenciadas, á saber: 1.ª, la región mejicana; 2.ª, la costa del Atlántico; 3.ª, la costa sur del Pacífico; 4.ª, la costa norte del Pacífico; 5.ª, la cuenca del Mississipí, y 6.ª, la meseta del Norte (2). Tampoco ofrece la América del Norte la rica variedad de formaciones políticas civilizadas que Europa. Las principales unidades políticas son el Canadá, Estados Unidos y Méjico. Se explica esto porque la civilización actual allí producida, aunque va adquiriendo caracteres singulares propios, es de reciente fecha y proviene de las grandes corrientes de inmigración. En rigor, no se puede ver en estas regiones el influjo directo y natural del medio geográfico á través de un gran período de tiempo; este influjo lo habrán sufrido las razas aborígenes, de ninguna manera las razas actuales, que han ocupado reflexivamente, y en un estado de progreso y de formación muy acentuados, aquellos inmensos y riquísimos territorios.

5. Pero prescindamos ya de estas indicaciones generales y veamos en el sistema general de la contextura geográfica

---

(1) Véase Schrader, *Atlas*. Vidal-Lablache, *Atlas*. M. Block, *l'Europe social y politique*.

(2) Burgess. Obra citada, pág. 14 y siguientes.

Digitized by Google

de Europa y de la América del Norte, qué lugar ocupan las cinco naciones que aquí nos interesan. De ellas tres (Inglaterra, Francia y España), coinciden dentro de ciertas limitaciones, resultado de la diversidad de los movimientos étnicos y de lo encontrado de las corrientes y formaciones políticas, con núcleos ó unidades geográficas. Sobresale en este punto Inglaterra, con su estructura insular, separada del continente europeo por el canal de la Mancha, y de Irlanda por el canal del Norte. Esto si consideramos la Gran Bretaña como nacionalidad distinta de la irlandesa, que por sí misma, con su propia isla, forma una más pequeña unidad geográfica y hasta cierto punto política. El influjo poderosísimo que en la historia social y nacional de Inglaterra (Reino Unido) ha ejercido y ejerce aun hoy la contextura geográfica del territorio que aquel importantísimo pueblo ocupa, es de lo más indiscutible y típico. Á ello debe su aislamiento relativo, su egoísmo particular, la continuidad de su desenvolvimiento interior, la originalidad de su carácter, y á ello debe quizá también la grave y continua cuestión de política interior que en estos mismos momentos intenta resolver: la cuestión de Irlanda.

Por otra parte, Inglaterra é Irlanda, que en junto forman una unidad geográfica compuesta de otras dos bien definidas, tienen un elemento de población bastante uniforme.

Francia casi coincide con los límites de una gran unidad geográfica. En el Mediodía y Este, salvo detalles de una importancia relativa, Francia llega hasta fronteras naturales muy acentuadas, que han desempeñado un papel interesantísimo en la historia (los Pirineos, los Alpes, los

Digitized by Google

Vosgos, el Rhin). En el Oeste, en casi toda su extensión la limita necesariamente el mar. Pero Francia encuentra, según indico, dificultades políticas de diferencias territoriales en sus fronteras con Alemania é Italia, y además encuentra enclavadas en el territorio, geográficamente continuo que ocupa, Bélgica, nacionalidad independiente y bastante acentuada y definida hoy por hoy, aunque halla en ella tendencias francesas asimilistas no despreciables, y en parte á Holanda. La contextura interior de Francia es de lo más adecuado para el desarrollo de una gran civilización y para la formación espontánea de un gran Estado centralizado; trátase, en efecto, de una inmensa extensión territorial plana, surcada por grandes ríos, con costas de una gran extensión en el Atlántico, y suficientes para mantener un constante comercio en el Mediterráneo. Los grupos de montañas alpinas ocupan una extensión relativamente pequeña, así como las cordilleras de los Ardenes y las de Bretaña y Normandía.

España pudiera ser, con Italia, Inglaterra y la Península escandinava, una de las perfectas unidades geográficas. Hállase, naturalmente, situada para constituir un núcleo social de una intensidad vital, de un apartamiento político, que sólo Inglaterra está en condiciones de superar. Si la humanidad se condujera en la historia por los influjos territoriales, España, en la Península ibérica, sería un pueblo orgánicamente formado por la unión de pueblos inferiores producidos bajo influjos distintos de medios interiores diversos. El mar, por casi todas sus partes, y por otra los Pirineos, limitan la Península. Pero el influjo de las transformaciones políticas efectuadas bajo la presión de fuerzas humanas de gran empuje, ya desde la época romana,

Digitized by Google

y luego en la invasión goda, más tarde en la árabe, y por fin, en nuestra participación inmediata en todos los grandes conflictos europeos á causa del descubrimiento de América y de las corrientes antinacionales provocadas por los intereses dinásticos, han torcido los destinos geográficos de la Península, haciendo de ella dos pueblos y dos Estados (Portugal y España), y dejando en ambos una raza agotada ó cansada, que tarda en ver los apoyos en que fundar su renacimiento.

Basta, en efecto, contemplar el mapa de la Península, para comprobar la exactitud de cuanto decimos. Quizá, el exceso de montañas y las condiciones climatológicas dificilísimas de la gran meseta central de Castilla, con el empeño de poner en ella el centro y núcleo de la vida política, determinan en parte nuestra actual decadencia y la parsimonia con que seguimos las corrientes de la civilización; pero bien mirado, parece que esa misma profusión de cordilleras, lo variado de las condiciones climatológicas, las direcciones distintas con que invitan á la vida comercial las posiciones diferentes del litoral septentrional, occidental, meridional y levantino, parece, repito, que la humanidad tenía en esta Península un asiento, una estructura huesosa, que diría Schäffle, á propósito para producir un gran pueblo orgánico, merced á la fusión ó composición armónica de pueblos distintos, regionales, como el gallego, el asturiano, el portugués, el castellano, el extremeño, el andaluz, el valenciano, el catalán, el aragonés, el navarro y el vasco. ¡Y quién sabe! si la vida social fuese principalmente espontánea, de abajo arriba, y se produjese por la acción reflexiva de la ley de la expansión y de la cooperación, y no por la de la lucha por la exis-

Digitized by Google

tencia, acaso el destino ibérico sería hoy muy distinto (1).

Al hablar de Alemania, ya no puede decirse ni remotamente lo mismo que acabamos de decir acerca de las tres naciones anteriores. Anda muy lejos de ser Alemania una unidad geográfica: es el ejemplo vivo de una unidad política, producto paulatino, difícil, intrincado, contradictorio de la historia. La gran región comprendida entre los mares del Norte y el Báltico, las cordilleras de los Ardenes, los Vosgos y el Jura, los Alpes y los Carpatos occidentales y que por el Este se escapa ó continúa sin tropezar con límites naturales bien delineados, hállase ocupada no sólo por Alemania, sino por naciones distintas, definidas algunas, enemigas y opuestas entre sí, de un modo radical y constante. Alemania encuéntrase sin un límite natural, fuerte, por el lado que linda con Holanda y con Dinamarca. Austria conserva parte de esa región geográfica. Parte de Polonia hállase anexionada á Alemania, quien además tiene que oponer barreras artificiales á Rusia.

En los Estados Unidos nos encontramos, desde el punto de vista geográfico, con un tipo de formación distinta en absoluto de las anteriores. Anda aquella república, como Alemania, muy lejos de ser unidad geográfica definida. Es, como ella, una gran formación política, pero constituída de un modo muy distinto en virtud de las condiciones históricas. Empezó, en efecto, siendo una colonia (1584), luego dos (1606): Virginia y Nueva Inglaterra. Paulatinamente formáronse más, hasta que en 1776, cuando la República

(1) Análogas consideraciones podrían hacerse respecto de Italia. Unidad geográfica perfecta la Península, ¿cómo tardó tanto en constituir una nación?

Digitized by Google

se fundó, son *trece*, que territorialmente ocupan el espacio comprendido entre el Mississipí y el Atlántico á lo largo de la costa oriental, con excepción de la Florida. No podemos seguir aquí los incrementos sucesivos obtenidos por aquel Estado admirable: la Luisiana (1763-1803), la Florida (1819) primero, Tejas (1824) luego, el Oregón (1346) más tarde, etc., etc., hasta que hoy cuenta ya con toda la región desde el Atlántico al Pacífico, desde el Canadá hasta Méjico y el Golfo mejicano; es decir, varias de las unidades geográficas en que dividimos la América del Norte (1).

6. Veamos ahora, en breves términos, los caracteres humanos, propiamente etnográficos, de las mismas naciones indicadas.

Todas cinco son formaciones etnográficas bastante mezcladas é impuras y más ó menos desequilibradas; pero en todas hay un núcleo fuerte, de raza predominante.

Inglaterra, ó mejor el Reino Unido de la Gran Bretaña, con sus dos nacionalidades, presenta una composición etnográfica bastante definida y diferenciada. Una de las naciones es anglo-sajona: raza ya de muy secundaria formación, teutónica de origen, pero mezclada con sangre celta y romana. La Inglaterra, propiamente dicho, es por tanto....., inglesa. Irlanda es, por el contrario, celta, raza más pura y dominada. La proporción en que están una y otra raza es la siguiente: de un total de 37.888.153 habitantes, hay aproximadamente 34 millones y pico de ingleses y 3 millones y medio de celtas (datos de 1890). Referida la población al territorio (314.628 kilómetros cuadrados), resulta

(1) Un resumen muy bien hecho de todo lo que es hoy la República de los Estados Unidos, véase en Azcárate, *Los Estados Unidos*.

Digitized by Google

un promedio de 124 habitantes por kilómetro cuadrado.

Francia presenta una contextura etnográfica bastante fundida y uniforme. Francia tiene un elemento predominante numerosísimo de franceses, propiamente dichos, pues de 38.218.903 habitantes, cuenta con poco más de un millón de celtas, unos 124.000 vascos y otros tantos italianos. Referida la población á la superficie territorial (536.408 kilómetros cuadrados), resultan 71 habitantes por kilómetro cuadrado. (Datos de 1886.)

España también tiene una estructura etnográfica bastante diferenciada y hecha. Las varias razas que sobre las primitivas ibera y celta han venido á obrar (fenicios, romanos, pueblos bárbaros especialmente los godos, y árabes), hanse fusionado, formando el pueblo español con los diversos matices que hoy tiene. Hay en todo el territorio, no sólo español, sino ibero, no más que un elemento de raza perfectamente distinto, que es el vasco; en suma, unos 500.000 vascos para 17 millones de almas que España cuenta ó 22 millones que cuentan España y Portugal unidos. Referida la población (la española) al territorio (497.244 kilómetros cuadrados), resultan 34 habitantes por kilómetro cuadrado.

En el respecto etnográfico, presenta una variedad, una riqueza y una confusión mucho más grandes Alemania. Desde este punto de vista, como desde el geográfico, es una formación política, una unidad constituída por el influjo histórico y por el Estado. Quizá tenemos aquí una razón de las varias y efímeras formas de Constitución política bajo que ha vivido Alemania antes de ser el Imperio federal que hoy es. Cuenta un poderoso y fuerte núcleo germano, que no es todo el núcleo germano, pues extiende éste su acción di-

Digitized by Google

recta por fuera de las fronteras imperiales, pero que implica el elemento más poderoso de la nacionalidad. En efecto; de 49.424.135 habitantes (datos de 1890), 44 millones son germanos. Al lado de este núcleo central y absorbente hay en Alemania otros no tan importantes, pero sí bastante vivos todavía, á saber: 3.000.000 de eslavos, 3.000.000 de wallones y franceses, unos 160.000 lithuanienses y unos 150.000 escandinavos. Referido el total de la población á la superficie territorial (540.419 kilómetros cuadrados), resulta un promedio de 91 habitantes por kilómetro cuadrado.

Los Estados Unidos presentan en el respecto etnográfico una formación originalísima. Burgess la caracteriza denominándola cosmopolita. En rigor, es una población constituída por las continuas corrientes de inmigraciones europeas y china, con más un cierto elemento muy importante de raza negra. Además, es una población cuyos orígenes están relativamente cercanos, y que ha alcanzado la enorme cifra actual de 62.984.000 habitantes con una rapidez pasmosa, lo cual acaso impide la fusión más completa de los pueblos allí congregados. En el espacio de un siglo, la población de los Estados Unidos se elevó de 3.729.214 (cifra de 1790) á la cifra indicada. Pueden señalarse en esta población los elementos siguientes: *indios*, 243.524; *negros*, 7.000.000; *chinos*, 107.475 (contra éstos se sigue una política de exclusión verdaderamente terrible); *blancos*, 54.983.890. Entre éstos, como advierte el Sr. Azcárate (1), «hay un elemento latino, de influencia indudable, procedente de los antiguos colonos españoles y franceses, y

(1) *Conferencia* citada, pág. 9.

Digitized by Google

otro celta, de no escasa importancia, compuesto de irlandeses; pero el predominante es el germano ó teutón, que lo constituyen anglo-americanos, alemanes y escandinabos, siendo la rama inglesa de la familia, el principal centro de atracción ó fundente, en medio de esa variedad de elementos», y el que constituye el nervio de la raza de formación moderna, denominada *yankee*. Referida la población al territorio (9.212.300 kilómetros cuadrados), resulta un promedio de 7 habitantes por kilómetro cuadrado, promedio este muy irregular, pues mientras desde Maryland á Massachussets la densidad es como en los sitios más poblados de Europa y hay lugares como Rhod-Island, de una densidad que llega á 318 por milla cuadrada, hay territorios, como Nevada, Arizona y otros, que no tienen un habitante por milla cuadrada (1).

7. Si procuramos en breves términos comparar unas con otras las cinco naciones, pueden señalarse, tanto en el respecto geográfico como en el etnográfico, diferencias tales, que son otros tantos argumentos contra los criterios uniformes, apriorísticos y exclusivos, con arreglo á los cuales se define y á veces se quieren constituir las nacionalidades (2). Indica, en verdad, la formación de cada nación, el camino distinto que la humanidad ha seguido para lograr formar las sociedades más perfectas hasta el momento presente, é indica, sobre todo, el poder inmenso de las fuerzas propiamente humanas, que, actuando bajo los in-

(1) Este estudio debe ser ampliado, y debe, además, hacerse siempre con el mapa ó mapas á la vista.

(2) Criterios de las fronteras naturales, de raza, de lengua, de religión, del pacto, etc., etc. (Véase Pí y Margall, *Las Nacionalidades*; Renán, *Qu'est ce qu'une nation?*)

Digitized by Google

flujos del medio físico y de los caracteres hereditarios de la raza, se sobreponen á todo, dando vida á formaciones sociales que se mantienen y sostienen merced á los imponderables lazos políticos puros.

Inglaterra presenta, sin duda, el tipo nacional más sometido (por espontánea coincidencia geográfica) á los influjos indicados; pero el Reino Unido se mantiene por virtud de lazos políticos, todavía imperfectos, á pesar de la oposición de las razas celta y anglo-sajona; Francia también realiza el tipo geográfico y etnográfico con bastante perfección, según hemos visto; pero Francia es, ante todo, un alma colectiva. En cambio, en España la política ha creado una frontera inverosímil, geográfica y etnográficamente considerada. España, que en sí es una nación, histórica é idealmente, es una nación truncada ó mutilada. Alemania no tiene ni fronteras definidas ni es toda la raza germánica, y comprende en su seno razas que no son germanas. Alemania es una sociedad histórica unida, á pesar de la geografía y de la etnografía. Por fin, los Estados Unidos son un conjunto de pueblos aborígenes que se aniquilan, y de pueblos trasplantados ó injertos, que aumentan con furiosa lozanía.

En realidad, tenemos en las cinco naciones, unidades geográficas más ó menos imperfectas, desde la más definida (Inglaterra) hasta la menos determinada (Alemania), constituídas social ó nacionalmente por la unidad de raza ó fusión de razas distintas (por ejemplo, España, Inglaterra, Francia), ó predominio de una (Alemania), presentando los Estados Unidos el tipo reducido de la humanidad misma, con la mezcla no fundida de los excedentes de las razas civilizadas todas (cosmopolitismo).

8. Los rasgos en que más convienen estas cinco nacio-

Digitized by Google

nes, si bien conservando todas su originalidad, son los psicológicos puros.

En efecto; todas tienen aquel instrumento necesario para la cómoda expresión de los sentimientos comunes, el cual implica una interna constitución psicofísica idéntica: me refiero al idioma. Las cinco poseen un idioma nacional, sea único, con su literatura nacional fuerte, original, popular, sea con matices diversos y variados y literaturas regionales que no rompen la unidad superior del genio del idioma dominante. Todas tienen una cultura nacional, con sus grados distintos, pero uniformemente caracterizada por su índole y tendencias. Todas tienen una fuerte cohesión, en virtud de la comunidad de intereses terrenales. Todas una compenetración íntima, fundada en ciertas condiciones especiales del orden moral, en virtud de las que la religión, si no es lo mismo, se siente de modo análogo, y el derecho se vive é interesa también de análoga manera.

Además, las cinco naciones se revelan y mantienen en una posición personalísima en el concierto internacional, y las cinco han demostrado poseer capacidad suficiente para afirmar en toda su esplendorosa plenitud la conciencia de su nacionalidad y para mantenerse como independientes (1).

9. En el respecto político social ofrécense las cinco naciones como verdaderas sociedades de sociedades *políticas;* unas, como los *Estados Unidos* y *Alemania*, de una manera que pudiéramos llamar *perfecta*, por cuanto las sociedades interiores de una y otra nación, mantiénense como autó-

(1) En este punto, Alemania se ha revelado últimamente como nación en la guerra contra Francia. Los Estados Unidos, después de la crisis de la guerra de secesión.

Digitized by Google

nomas y viven con el sentimiento de su propia personalidad colectiva. Los *Estados* de la República americana y dentro de ellos todavía, las otras circunscripciones territoriales menores, tienen una vida propia, privada, expresamente reconocida y vigorosamente garantizada por las Constituciones. Los reinos, principados, grandes ducados, ducados y ciudades libres que forman el Imperio alemán, gozan igualmente de una autonomía perfecta. Son, en este concepto, Alemania y los Estados Unidos, no sólo sociedades de sociedades, sino algo más, verdaderos *Estados de Estados*. Los otros, á saber: Inglaterra, Francia y España, no presentan ostensiblemente la organización de sus sociedades interiores, bajo el gobierno del Estado nacional, como los anteriores; pero no importa; en primer lugar, Inglaterra, limitada al Reino Unido de la Gran Bretaña, se caracteriza por la autonomía, por el *Selfgovernment* tradicional de sus condados y burgos, y en todo caso abarca, bajo la superior unidad de la nacionalidad inglesa é irlandesa, sociedades inferiores constituídas en el transcurso del tiempo unas, y otras en este mismo siglo para fines y servicios generales. Todavía se la puede conceptuar como un verdadero *Estado de Estados*. Verdad es que ni España ni Francia, por la índole centralizadora é igualitaria de sus instituciones tradicionales y modernas, pueden merecer este mismo concepto, pero son siempre sociedades de sociedades de un modo indudable. Entre la nación y el individuo, por más que la política al día suele desconocerlo, hay algo real y vivo, en el concejo ó municipio, en la *común*, y á veces también, en la región provincial ó departamental (1).

(1) Una comparación de las cuatro naciones europeas en este respecto,

Digitized by Google

10. Por último; estas naciones que representan cada una á su modo el ideal actual del Estado, afirmándose como Estados á través del tiempo, han sabido producir y formar, mediante la acción de la conciencia colectiva, su propio y peculiar derecho. Cada una tiene su derecho nacional relativo á todos los fines de la vida. Veamos ahora cómo y de qué manera han formado y formulado el respectivo derecho político, por el que rigen actualmente sus destinos como Estados nacionales.

---

puede verse en Meyer y Posada, *Derecho administrativo*, t. I. Véase también Gneist, *Das Englische Verwaltungsrecht;* Boutmy, *L'Individu et l'Etat en Anglaterre* (*Annales de l'Ecole libre des sciences politiques*); Bryce, *The American Commonwealth.*

Digitized by Google

CAPÍTULO II.

DETERMINACIÓN DE LAS FUENTES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL POSITIVO.

1. Nada creo necesario decir acerca de las fuentes del derecho constitucional positivo en las cinco Constituciones á que se contrae el presente estudio, consideradas aquéllas en términos generales. Este *capítulo* tiene en este interesante respecto, sus antecedentes adecuados en los *capítulos* IV y V del lib. I, relativos á la *formación jurídica de las Constituciones*, y allí se deben buscar los precedentes doctrinales de las teorías generales y especiales sobre las fuentes en el derecho político moderno.

Mi propósito ahora es, teniendo en cuenta los principios generales tocante á los límites y definición del derecho constitucional (cap. III del lib. I), al procedimiento histórico de su formación (capítulos I y II del lib. I), á las condiciones especiales y al criterio jurídico político de cada pueblo (capítulos IV, V y VI del lib. I, y I del lib. II), determinar las fuentes particulares á que es preciso acudir para saber: 1.°, *lo que en definitiva es* en ellas el derecho del Estado, y 2.°, *cómo es* ese mismo derecho del Estado. El caso es que al buscar las soluciones de cualquiera de los

Digitized by Google

problemas teóricos ó prácticos que en la vida pueden presentarse, tanto en lo referente á una de las cinco Constituciones, cuanto en las relaciones comparativas de las mismas dado su valor y significación típicos, se sepa cuáles son los *lugares jurídicos* á que puede y debe acudirse en demanda de la luz necesaria.

Trátase, pues, aquí, de una verdadera operación de análisis, esencialmente histórico.

2. Debo advertir, que aun cuando el fin que se persigue es la definición del derecho constitucional actual, la índole evolutiva y de incesante cambio del derecho, no permite que la operación á que me refiero y que vamos á acometer, se contraiga á una simple ojeada ó estudio, crítico de los monumentos jurídicos que se señalan al pronto como los que contienen todo el derecho en vigor.

En primer término, esto del vigor de las disposiciones jurídicas, es muy relativo y muy convencional é indeterminado. Porque, ¿qué se quiere decir cuando se afirma que una disposición *legal*, por ejemplo, está *vigente*? ¿Que los poderes públicos *oficiales* lo tengan así declarado? ¿Y sólo es vigente el derecho que reune tal condición ó requisito? En ese caso corremos el grave riesgo de reputar como derecho positivo actual, disposiciones que, aun cuando tengan el nombre de derecho, independientemente de si son justas ó no (que es otra cuestión), son disposiciones inaplicadas ó inaplicables. Ahora bien; una condición esencial del derecho, como derecho *positivo*, es que se viva, es decir, que se aplique, y cuando se halla contenido ó formulado en normas, que éstas sean de posible aplicación. Por otra parte, sería de absoluta necesidad prescindir de normas realmente aplicables y aplicadas, que contienen derecho y derecho po-

Digitized by Google

sitivo, y que á pesar de ello, no están reputadas como vigentes. Esto, independientemente de que no es posible darse cuenta del valor exacto de las disposiciones jurídicas, atendiendo sólo á su fórmula literal del momento.

Por todo lo expuesto, es siempre preciso completar la determinación ó fijación de las fuentes actuales, con una indagación previa de su producción histórica, de su formación general, del sentido dominante á que responden, de la seguridad ó inseguridad de sus fundamentos, y de cuanto resulta adecuado al fin de presentar con caracteres orgánicos, y con vida el derecho vigente. Y considero esto preciso, especialmente en un derecho como el constitucional, de reciente fecha, que implica una evolución particular y que entraña algo así como la fórmula jurídico-política, no de un momento, no de toda la historia, sino de una época bastante definida en sus comienzos.

3. Pero como, dados los límites en que materialmente tengo que moverme, no es posible que pueda yo hacer un estudio detenido de cada desenvolmiento político nacional, con todos los detalles que anteriormente indico, la determinación de cada grupo de fuentes, se hará, comprendiendo: 1.°, una rápida ojeada acerca de las condiciones generales del derecho de la Constitución; 2.°, la fijación, hasta donde esto es posible, del punto de partida inicial del derecho constitucional, considerado totalmente, para ver como en síntesis su evolución histórica completa; 3.°, la fijación del punto de partido especial, inmediato, del mismo derecho constitucional, según sus caracteres actuales, á fin de ver á que causas se debe su forma positiva del momento. Conviene no confundir este punto de partida con el anterior. El anterior nos indicará el origen del régimen de las Cons-

Digitized by Google

tituciones, en el pueblo. Este último debe señalarnos los acontecimientos determinantes de la última etapa, hasta hoy recorrida, por el derecho constitucional. Así, por ejemplo, la reforma electoral de 1832, es el acontecimiento culminante que inicia la Constitución inglesa bajo su forma actual, pero no es el punto de partida de la misma, que está harto más distante como veremos; la restauración de la tercera República francesa (1870-75), es el punto de partida inmediato del actual orden de cosas, pero no el del régimen constitucional, que hay que ver en la obra de la *Constituyente;* la restauración borbónica determina el régimen monárquico parlamentario, hoy en vigor en España, mientras el punto de partida del régimen es la Constitución de 1812, y en parte la de 1808, etc.; 4.°, el señalamiento, en vista de todo lo indicado, de los monumentos que contienen el derecho positivo actual, con indicación de su valor y significación, así como del valor y alcance real de los órganos de la vida jurídico-política, y 5.°, una ojeada sintética para caracterizar en sí misma y en relación con las demás, cada una de las distintas Constituciones.

4. En la determinación de las fuentes jurídicas de las cinco Constituciones políticas, será preciso empezar, por la *Constitución inglesa,* seguir con la de los *Estados Unidos*, luego con la de *Francia*, luego con la de *Alemania*, y por fin, con la *española*. Y este debe ser el orden, no sólo para la determinación de las fuentes, sino para el estudio de las Constituciones mismas. Hay para ello una razón indiscutible. Inglaterra es el primer Estado constitucional, es el que espontáneamente, y á causa de la dirección seguida por la política interior, á partir de la Edad Media y á través de la crisis del Renacimiento, produjo como cosa natu-

Digitized by Google

ral y propia, como fruto necesario de su desenvolvimiento social y de su posición geográfica, las instituciones representativas, bajo la fórmula tan conocida del *Selfgovernment*.

De Inglaterra, el régimen, con sus formas y con una nueva y original aplicación, pasó, según hemos procurado demostrar, á los Estados Unidos, así que el segundo Estado constitucional es la República norteamericana.

Bajo el doble influjo de la imitación inglesa, sugerida acaso por Montesquieu, y de la revolución Norteamericana, surgió el constitucionalismo francés, el cual por tanto debe ocupar el tercer lugar, con respecto al derecho constitucional en general; pues si se tratase del estudio del derecho constitucional europeo, del Continente, sería preciso considerarlo como el primero, como el inicial; pues ya hemos visto de qué manera irradian los ideales y principios constitucionales desde Francia, por todos los demás países.

Podría presentarse una duda en lo tocante al lugar que históricamente les corresponde á Alemania y á España, como Estados constitucionales. En primer término, se trata ya de países que reciben de fuera el régimen y continúan cada uno para sí la evolución del constitucionalismo. No tienen, el uno para el otro, la importancia que para ambos tienen los otros tres Estados, los cuales representan lo mismo para España que para Alemania, etapas en la formación histórico-universal del régimen con arreglo al cual al fin se gobiernan. Estableciendo ciertas relaciones de parentesco entre las Constituciones que estudiamos, podríamos decir que las de Inglaterra, Estados Unidos y Francia, son los antepasados comunes, de las de Alemania y España, por lo que estas dos últimas son parientes entre sí por línea colateral. Ahora bien; prescindiendo de este

Digitized by Google

punto de vista del influjo que una Constitución tiene ó tuvo sobre la producción y formación de la otra en sus orígenes, si nos contrajéramos al orden meramente cronológico, sería difícil precisar claramente si el constitucionalismo *germano* es anterior ó posterior al español. Naturalmente, fijándonos sólo en la forma actual del Imperio, el constitucionalismo alemán es de fecha recientísima. Pero no se trata de eso, sino de la difusión del constitucionalismo por Alemania, difusión que es el antecedente directo del actual Estado federal, y la cual se verifica á principios del siglo, cuando en España precisamente.

La cuestión, sin embargo, tiene una importancia secundaria y no merece la pena detenerse á resolverla; pues aun en el supuesto de la prioridad histórica del derecho constitucional español escrito, otras razones de plan aconsejan estudiar el derecho español, ya que es el derecho patrio, teniendo en cuenta todas las instituciones de los derechos extraños, sean anteriores ó posteriores á su iniciación histórica.

Digitized by Google

CAPÍTULO III.

LA CONSTITUCIÓN INGLESA.

1. Ya hemos visto (cap. v del lib. I, números 9 y 10) que la Constitución inglesa es como el tipo de las Constituciones *flexibles*. Y lo es, en opinión de Dicey (1), porque su reforma se verifica sin acudir á procedimientos extraordinarios de legislación especial, pero en mi sentir lo es además por otras razones. La Constitución inglesa no se halla contenida ni formulada, en lo que se refiere á sus principios fundamentales, en un documento sistemático y ordenado, ni en varios documentos legales, que se completan, sino que se expresa con la palabra Constitución, según el mismo Dicey afirma, «las reglas todas que directa ó indirectamente afectan á la distribución ó al ejercicio del poder soberano en el Estado» (2), modificables paulatinamente,

(1) Obra citada, pág. 118.

(2) Obra citada, páginas 22 y 23. En la nota de la pág. 22 Dicey llama la atención del lector sobre esta definición (Holland, *Jurisprudence*, páginas 122, 303 y 307) de la Constitución: «entiéndese por Constitución de un país el derecho relativo á la designación y forma de la *legislatura*, los derechos y funciones de las varias partes del cuerpo legislativo, la construcción, oficio y jurisdicción de los Tribunales de justicia. La Constitución es una división principal ó sección del código de derecho público, que se distingue del resto sólo por la superior importancia del asunto de que trata.» Véase Paley, *Moral Philosophy*, lib. VI, cap. VII.

Digitized by Google

según las circunstancias, y de una adaptabilidad constante y extrema. Cuando en Inglaterra se habla del respeto á la Constitución y se alude á sus disposiciones, implícitamente se habla de una riquísima y compleja variedad de reglas, principios, convenciones, precedentes y supuestos, que en el fondo están orgánicamente enlazados, á pesar de ser todos de fechas distintas, algunos de fechas indefinibles, no pocos sin fecha real, escritos y no escritos, declarados y no declarados, y expresos y tácitos; es, sin duda, algo flotante, histórico, de épocas diversas, aun cuando en cada período especial, interpretado todo y comprendido de una cierta manera en razón del sentido político reinante, y á causa de la dirección tomada por las fuerzas sociales.

En rigor, la Constitución inglesa es la imagen viva del equilibrio político inestable; domina en ella la concepción *orgánica*, al revés de lo que pasa en las del Continente, en las cuales domina la concepción ú *obsesión mecánica*.

2. He aquí, para que nos formemos una clara idea de esta grandiosa obra de un gran espíritu colectivo, formado bajo condiciones étnicas y geográficas (cap. I del libro II) excepcionales, como un escritor francés, de los que mejor han penetrado en el alma de la Constitución inglesa, la describe (1):

«En 1793—recuerda muy oportunamente Boutmy—Herault de Sechelles pidió á la Biblioteca nacional un ejemplar de las leyes de Minos. Cometeríase un error muy semejante si se tratase de buscar el *texto* de la Constitución inglesa. No hay un *texto*, hay *textos;* esos textos son

(1) Boutmy, *Etudes de droit constitutionnel: France, Anglaterre, Etats-Unis*, páginas 4 y 8.

Digitized by Google

de todas las épocas y nunca han sido codificados. Por otra parte, no agotan los textos la materia constitucional, pues la mayor parte no está escrita. Respecto de cualquier cuestión un poco importante, es muy raro que no haya que referirse á varias leyes separadas unas de las otras por siglos, ó á series de precedentes que se remontan muy lejos en la historia. La composición de la Cámara de los Lores, por ejemplo, resulta de diferentes estatutos de 1707, 1801, 1829, 1847, 1869, 1876, de una decisión de los jueces de 1782 y de numerosos usos. La duración de los Parlamentos está regulada por dos actos, uno de tiempo de Jorge I y otro de 1867, sin contar la costumbre en virtud de la cual se restringe en un año la duración legal» (1). Las sistematizaciones más ó menos aceptables que hay de la Constitución débense á los jurisconsultos, á los políticos, á los historiadores (2): el legislador no se ha ocupado en sancionar legislación alguna metódica de las disposiciones constitucionales. El *instrumento constitucional* del tipo francés, que luego examinaremos, se desconoce en Inglaterra. Los ingleses aprecian como mayores los inconvenientes que las ventajas de la sistematización legal de la Constitución. Según Boutmy, se han fijado para ello en dos cosas: «la primera es que el publicar y poner en manos de todos una obra clara, metódica, razonada, vale tanto como abrir un perpetuo concurso á cuantos se creen capaces de hacerla mejor, ó bien someterse al juicio de la lógica, ante un tribunal cuyas apelaciones en derecho son innumerables. La segunda es que toda construcción siste-

(1) Obra citada, páginas 4 y 6.
(2) Véase Dicey, obra citada, introducción.

Digitized by Google

mática equivale á una promesa de ser «completa, perfecta, de proveer á todo y prevenirlo todo» (1), es decir, lo imposible; así ocurre que nada hay tan común como la acción y reacción de entusiasmo y de censura, provocadas por las Constituciones *escritas*.

La Constitución inglesa fragmentaria, obscura, evolutiva, con textos variados, «tiene menos que temer de los críticos, dedicados á señalar omisiones; de los teóricos, afanosos por denunciar antinomias».

«Las necesidades de la política son tan complejas, mézclanse en ella tantas cuestiones diferentes, contrabalancéanse fuerzas tan opuestas, que no hay medio de recoger y colocar como conviene todos esos elementos esenciales de una construcción estable, si se trabaja á la vista de un público que prefiere los materiales homogéneos y un plan regular. El único recurso aquí es lograr que la perspectiva de conjunto no sea advertida por el observador vulgar. Sólo á este precio pueden disimularse esas incoherencias felices, esas contradicciones tutelares que tienen una razón decisiva para hallarse en las instituciones» (2), por cuanto al cabo representan las corrientes difíciles y opuestas de la vida social, con sus fuerzas que se limitan y excluyen primero ó en determinados momentos, sin perjuicio de completarse inmediatamente..... «Los ingleses—concluye luego Boutmy—se congratulan de haber conseguido ese resultado por medio de la prodigiosa dispersión de sus textos constitucionales, y así se han cuidado mucho de no comprometerlo codificándolos.»

---

(1) Boutmy, obra citada, 6 y 7.
(2) Boutmy, obra citada, pág. 8.

Digitized by Google

Tal es, en mi opinión, una de las más exactas pinturas de la Constitución inglesa, propia y adecuada al objeto de determinar, por de pronto, sus caracteres originales, y para iniciar aquel otro estudio histórico de la misma que es de rigor como medio, de un lado, para designar sus fuentes jurídicas, y de otro, su posición especial frente las demás Constituciones modernas.

3. Nada más difícil, en un derecho constitucional de una continuidad histórica tan remota y no interrumpida, como el inglés, que determinar el punto de partida, más ó menos convencional, al cual se pueda referir, groso modo, la iniciación primera. No hay en rigor un momento solemne, un acontecimiento ó serie de acontecimientos que señalen el cambio radical de las instituciones *formales* de un régimen anterior al régimen constitucional concebido y aplicado como de una vez y de una pieza. Por de pronto los historiadores (1) conceptúan como coetánea la Constitución con la historia toda, á partir de los tiempos primitivos; es aquélla algo así como el resultado continuo á través del tiempo de la formación política de la nacionalidad.

Realmente, no siendo posible señalar en nuestra época

---

(1) Por ejemplo, Stubbs, tiene, acerca de los orígenes de la Constitución inglesa, un libro titulado *Selects Charters and others Illustrations of English Constitution from the earliest times to the reign of Edward I*, que indica lo remoto del origen indicado. Este mismo escritor tiene la *Constitutional History of England*. Una preciosísima síntesis del desenvolvimiento de la Constitución es el de Freeman, *Growth of the English Constitution*. Como historias circunscritas á los períodos *constitucionales* expresamente, las que en el Apéndice citamos de Hallam, Macaulay, Cox, Russell, May, Todd, Gladstone, aparte de las exposiciones doctrinales de De Lolme, Blackstone, Bowyer, Brougham, Hearne, Gneist, Fischel, Franqueville, etc., etc.

Digitized by Google

misma la manifestación práctica del régimen constitucional en Inglaterra, como resultado de un gran movimiento político revolucionario, por cuanto se llegó á los resultados jurídicos que el Estado constitucional implica, merced á una larga, larguísima elaboración, para ver de qué suerte se verifica la implantación del aludido régimen, es preciso contemplar total y completamente la historia de aquel pueblo.

Desde el punto de vista político pueden distinguirse en esta historia cinco etapas culminantes que comprenden cinco épocas diferentes del constitucionalismo, á saber: primera, á partir de la decadencia de la dominación romana hasta 1215, ó sea hasta la *Magna Carta;* segunda, desde la Magna Carta hasta 1485; tercera, desde 1485 á 1688 (caída de los Estuardos, advenimiento de Guillermo III); cuarta, desde esta fecha y acontecimientos hasta 1832 (reforma electoral, transformación completa del Estado), y quinta, la época actual.

Para la formación de la Constitución inglesa tienen estas épocas ó períodos una importancia muy diferente y una significación muy distinta. El primero es un período de formación, no tanto de la Constitución política, como del pueblo mismo. Se cimenta, ó mejor aún, se abre el cimiento de aquélla. Según advierte M. Dareste (1) «los siglos XII y XIII, especialmente el XII, pueden ser considerados en la historia constitucional de Inglaterra como el período (culminante) de gestación de las instituciones políticas.» Período crítico, sobre todo en sus prolongaciones, por los siglos XIII y XIV, en que las luchas entre las repre-

(1) *Constitutions modernes*, pág. 32, t. I.

Digitized by Google

sentaciones distintas de las diferentes fuerzas político-sociales, no se sabe todavía si han de resolverse como al fin se resuelven, después de las distintas revoluciones, ó si, por el contrario, han de resolverse como se resolvieron por aquellas fechas en Francia y en España, con el entronizamiento de la monarquía absoluta.

Visto el resultado, que no fué otro, como es sabido, que la instauración, á la larga, del régimen representativo, bien ó mal interpretado jurídicamente, el primer momento inicial para la Constitución inglesa es aquel en el cual (1215) se redacta la *Magna Carta*. Tuvo, naturalmente sus precedentes (1), aunque no sea más que como consecuencia de aquel criterio que Freeman (2) reputa constante en Inglaterra, y según el cual «cada paso que en la marcha política de aquel pueblo se daba, no revistía nunca la forma de la creación de un nuevo derecho, sino la consagración de un derecho antiguo», y tuvo también sus desconocimientos posteriores y sus confirmaciones (1216, 1217, 1225, 1237, 1265, 1297, 1299, etc.); pero con todo, por las circunstancias de su promulgación, por la transcendencia de sus confirmaciones sucesivas, y por el régimen de limitaciones al poder monárquico que entraña, la *Magna Carta* es el documento constitucional más importante, entre los primitivos, y la fecha de su redacción una de las más culminantes en la historia constitucional inglesa.

No contiene todavía la Magna Carta de 1215 la consa-

---

(1) Dareste cita documentos anteriores; de 1100, la Carta de las libertades de Enrique I; de 1136, la Carta de Esteban; de 1154, la Carta de Enrique II; de 1164, la Constituciones de Clarendon.

(2) Obra citada, pág. 120 de la traducción francesa.

Digitized by Google

gración expresa de la representación política, pero en cambio contiene el reconocimiento del derecho de la colectividad á gobernarse á sí propia, á no ser gravada con otros impuestos que los votados por el Parlamento, la libertad mercantil, la libertad personal, el juicio por jurados, la afirmación de que nadie puede ser juzgado sino según las leyes del país, etc., etc.

La formación ya más expresa y popular del Parlamento como asamblea representativa nacional, data de 1265, y la regularidad de sus convocatorias temporales de 1295, fecha esta última que debe estimarse como culminantísima, pues hay quien, como Freeman, opina que desde entonces las instituciones parlamentarias aparecen bajo su forma definitiva. «Á partir, dice este insigne historiador, del reino de Eduardo, encontramos al Rey, los Lores, y los mismos Comunes, casi con la misma forma exterior y con el mismo poder legal que hoy» (1). Y aquí está precisamente lo característico de esta compleja y originalísima formación constitucional, y por eso ha podido decir Boutmy que la Constitución inglesa «se ha presentado con todos sus rasgos cuatrocientos años antes que las otras» (2) (quinientos debió decir). «Hay, sin duda, añade Freeman, una gran diferencia entre la condición política de Inglaterra en los tiempos de Eduardo I, y aquella bajo que hoy la conocemos. Sin embargo, la diferencia consiste más en la aplicación práctica de la Constitución que en su forma exterior. Los cambios han sido numerosos; pero una gran parte de ellos no consistieron en modificaciones expresa-

(1) Obra citada.
(2) Obra citada, pág. 1.

Digitized by Google

mente formuladas, sino en transformaciones sordas, merced á las cuales se ha producido una Constitución de convención al lado de nuestra legislación escrita» (1).

No debe, sin embargo, tomarse al pie de la letra todo lo que queda copiado de Freeman. Indica esto que la estructura de la Constitución en los tres institutos del poder que forman el núcleo de su parte orgánica: el Rey, los Lores y los Comunes, existían ya en 1295 como existen hoy, pero sus relaciones mutuas cambian y hay, aparte del trabajo lento de las transformaciones sordas, cambios prontos y radicales, relativamente revolucionarios. De ahí la necesidad de señalar otras fechas importantes que implican otras tantas confirmaciones de la tendencia íntima de la Constitución inglesa, por ejemplo, tal como se ofrece en 1485, según Macaulay, á saber: como una monarquía en que el Rey no podía hacer leyes sin el Parlamento, ni imponer tasas sin el Parlamento, estando obligado, bajo la responsabilidad de sus consejeros y agentes, á someterse á las leyes del reino en la administración general ejecutiva (2). También es necesario señalar aquellas reacciones como las que suponen las grandes arbitrariedades de los Tudor, más los vaivenes dificilísimos de tiempos de los Estuardos y de la revolución, que traen aparejada la República con la consiguiente restauración en la persona de Carlos II.

Por otra parte, ¿cómo olvidar en la formación de la Constitución inglesa los resultados de la segunda revolución al advenimiento de Guillermo de Orange? Real-

(1) Obra citada.

(2) Macaulay, *Historia de la Revolución de Inglaterra*, cap. I. Véase Hallam, *Constitutional History of England*, v. I.

Digitized by Google

mente este es, para la estructura definitiva, hasta hoy, de la parte orgánica de los grandes institutos característicos de la Constitución inglesa, el punto de partida verdaderamente inicial, así como el período que va de Guillermo de Orange (fines del siglo XVII) á la reforma electoral de 1832, el período de elaboración de ciertos órganos políticos muy importantes de la Constitución inglesa, tales como los partidos políticos y el Gabinete (1). Lo que la reforma electoral de 1832 significa se dirá luego.

Si atendiendo, no á los resultados formales de la Constitución inglesa, sino más bien á sus internas transformaciones como efecto directo del cambio de las fuerzas sociales y del ejercicio del poder político en el Estado, queremos calificar sintéticamente la marcha de la misma, nada mejor que lo que á tal propósito nos indica Burgess (2). Señala Burgess, para el caso á que me refiero, tres fechas culminantes: 1215, 1485, 1832. «La primera de éstas marca el período en el cual el Estado británico progresa de su Constitución monárquica ó su Constitución aristocrática.» Á partir de mediados del siglo XV inicíase la transformación del poder del Estado de poder aristocrático en poder popular, transformación que se realiza plenamente en 1832. Hoy es el Estado británico un Estado cuyas instituciones están trabajadas por el incontrastable espíritu democrático de nuestro tiempo.

4. Se debe ahora investigar brevemente el punto de partida inicial de donde puede afirmarse que proviene, ó por lo menos cuando se consagra expresamente, la nece-

(1) Véase Arcoleo, *Il Goberno de Gabinetto*, cap. I.
(2) Obra citada, páginas 92 á 97 del t. I.

Digitized by Google

sidad de la gran transformación política á que responde la manera de ser actual de las instituciones.

Á pesar de la índole consuetudinaria y no escrita de la Constitución inglesa, es de suma facilidad señalar el indicado punto de partida, siempre y cuando que no se dé á tal señalamiento más que el alcance que realmente tiene; esto es, de una fórmula legal que, después de grandes esfuerzos y de repetidas tentativas, viene á recoger y á aceptar una aspiración pública nacida de los cambios efectuados en el seno de la sociedad, y que permite el influjo normal, dentro del Estado, de fuerzas políticas hasta aquel momento no tenidas *legalmente* en cuenta.

Este *punto de partida* ya se comprenderá cuál es, porque implícitamente lo dejo indicado: es el *Bill de reforma electoral de* 1832. Tiene, en el respecto á que me refiero, una importancia tal ese acontecimiento político, que Burgess, al caracterizar la Constitución inglesa, investigando su formación, dice lo siguiente: «Esta Constitución ha sido reputada como muy antigua cuando se la compara con las otras. Hay un error en esto. La *presente* Constitución de la Gran Bretaña no existe sino desde el año 1832. Sin duda, todos sus elementos se han desenvuelto antes de esa fecha; pero la relación en la cual sus órganos están ahora unos respecto de otros, es diferente de aquella en que se encontraban antes de 1832.....» (1).

Lo que en definitiva puede decirse de esta reforma es: 1.° Que de un modo que posteriormente no se rectifica, la Cámara de los Comunes, es decir, la representación popular más directa, se constituye en el órgano indiscutible é

(1) Obra citada, t. I, pág. 91.

Digitized by Google

inmediato de la opinión pública, en el depositario más calificado de la soberanía, que ejerce en los momentos más críticos y solemnes. La reforma electoral misma es ya de por sí un gran movimiento que se efectúa *abriéndose* realmente el período constituyente y actuando como poder supremo dicha Cámara de los Comunes, que somete á su voluntad al Rey y á la Cámara de los Lores. Cambia entonces el centro de gravedad político, como consecuencia de otros cambios más profundos, en virtud de los que la combinación de las fuerzas sociales y sus resultantes son diferentes de lo que antes eran. 2.° Además, con el llamamiento al ejercicio del sufragio de grandes masas de gentes se trajeron nuevos elementos á la vida política, que á la larga imprimieron en el Estado y Gobierno nuevas direcciones. El adelanto industrial, la tendencia de la población á urbanizarse, tendencia que se manifiesta en el crecimiento de los grandes centros y en la disminución relativa del número de habitantes del campo, son los motivos impulsores de la reforma radical de 1832, ese primer paso en un camino cuya última etapa parece pronto á recorrer Inglaterra, llegando al sufragio universal, y quizá al sufragio de las mujeres (1).

5. Pero es ocasión ya de fijar *las fuentes*.

El que señalemos como punto de partida de la Constitución en su forma actual, el *Bill de reforma de* 1832, no quiere indicar que todo el derecho constitucional vigente, ni siquiera el escrito, sea posterior á esta fecha, ni tampoco que las instituciones fundamentales se hayan modificado

(1) Las otras reformas electorales fueron las de 1867 (Disraeli) y 1884-85 (Gladstone).

Digitized by Google

expresamente para ponerlas en consonancia con la reforma. Precisamente es este un motivo más para diferenciar esta Constitución de las continentales, en las que el punto de partida inmediato del derecho vigente tiene otro alcance. En el derecho constitucional inglés, las fuentes más principales, escritas y no escritas, son de fecha anterior al *Bill de reforma*. Lo que hay es una nueva combinación de las instituciones reconocidas en las fuentes. Por ejemplo: el Parlamento tiene sus fuentes legales muy anteriores á 1832. Ya vimos lo que dice Freeman: en 1295, el Parlamento y el Rey existían como ahora. Cuando entre estos poderes del Estado hay algún conflicto, ó bien si se quiere saber dónde está el *texto* en virtud del cual es *legal* la existencia del Parlamento con dos Cámaras, hay que acudir á fuentes jurídicas muy anteriores á 1832. Pero el equilibrio *orgánico* (no mecánico tan sólo) de las fuerzas representadas por el Parlamento con el Rey, es hoy muy diferente, según indicamos en el número anterior, de como era antes de la citada fecha.

Por esto, y por otras razones que se irán señalando, es tan difícil determinar y distinguir las fuentes del derecho constitucional inglés actual.

Tropiézase en efecto, en primer término con la dificultad que nace del distinto sentido que allí tienen expresiones corrientes entre nosotros (en el Continente) con el significado preciso del Derecho romano. «Los conceptos dominantes en la jurisprudencia inglesa acerca de las fuentes del derecho, dice un publicista italiano, no se corresponden, rigurosamente hablando, con la teoría generalmente admitida en la literatura..... del Continente. Comienza la diferencia siendo lingüística, supuesto que la expresión *law*

Digitized by Google

no responde exactamente ni á nuestra idea del *derecho* ni á la de la *ley*, sino que tiene de ambas, tirando más hacia la primera» (1). En mi opinión, *law* es el derecho totalmente considerado, con ó sin aplicación inmediata á la vida, según puede verse en Sumner Maine cuando habla del *Ancient Law*, ó en Lorimer cuando dice, *Institutos of Law*, etc., etc. «La misma *costumbre*, como fuente del derecho, entendida según su significado científico estricto, apenas si los escritores la citan, á no ser indirectamente» (2).

Hay, sin embargo, algo en que todos los juristas ingleses convienen, y es en reducir, desde el punto de vista del derecho positivo, todas la fuentes del derecho á dos: el *Common Law*, conjunto de reglas jurídicas soberanamente aplicables á todas las personas y cosas existentes en el Estado, reglas consagradas por los tribunales, y que no se encuentran escritas en ningún texto, y *Statutary Law*, normas «hechas por el Rey, de conformidad con la opinión y consentimiento de los Lores espirituales y temporales, y de los Comunes reunidos en Parlamento» (3).

6. Aun cuando sea esta la idea general, admitida sobre las fuentes, y aun cuando amplia y libérrimamente interpretadas las dos expresiones citadas, comprendan muy diversas formas de costumbres y de Estatutos, hay en el derecho constitucional formas jurídicas, que revasan los términos de esa clasificación: por ejemplo, las que llama Dicey *convenciones de la Constitución*, no caen dentro del

(1) A. Longo, *Della consuetudine*, etc., pág. 287.

(2) A. Longo, obra citada, pág. 287.

(3) Véase Blackstone, *Commentaries*, Introducción, lección III; Fischel, *Englische Verfassung*, Introducción, cap. I; Anson, *The Law and Custom of the Constitution*, pág. 33.

Digitized by Google

Common Law, definido y la *Magne Carta*, ó el *Bill* de derechos, no son verdaderos Estatutos, como luego veremos.

Sin duda alguna, á esta falta de precisión del valor jurídico de las fuentes de la Constitución, se deben las tentativas varias de clasificaciones especiales de las mismas, señalando los caracteres propios de determinados documentos y formas que no son el *Common Law*, aunque en rigor sean derecho consuetudinario constitucional, y de otras que no son *Statutary Law*, aunque en rigor sean *derecho legislado*, ó bien derecho *expreso* y *reflexivamente* formulado.

Ya aludí en el libro I á la distinción que hace Dicey entre derecho de la Constitución (escrito ó no), y convenciones de la Constitución, y entonces advertí como no cabe oponer entre si esas dos expresiones, porque las convenciones constitucionales (*habits*, *practices*, y sobre todo, *unterstandings*), son en definitiva derecho consuetudinario, como el *Common Law*, en cuanto contribuyen á formar la Constitución: «no se limitan á crear, sino que destruyen; no cambian la letra de las leyes, sino que desnaturalizan su espíritu» (1). Importa poco que los tratadistas ingleses no conceptúen esas convenciones como derecho. Esto depende del concepto un tanto materializado y formalista que del derecho tienen. Los usos, hábitos, prácticas, convenciones que forman lo que Freeman llama «todo un sistema de moral política, todo un código de preceptos para guiár á los hombres públicos» (2), aunque no se encuentren en la ley escrita ni en el *Common Law*, son derecho en sí, dere-

(1) Franqueville, *Le Gouvernment et le Parlement britaniques*. Véase cap. I, pág. 73.

(2) Obra citada, pág. 122 de la traducción francesa.

Digitized by Google

cho vivo, positivo, imperante, y por su forma son derecho consuetudinario.

Al examinar Dupriez (1) las fuentes de la Constitución inglesa, para llegar al conocimiento de cómo surge y se organiza allí el Ministerio ó Gabinete, forma tres grupos: *fuentes escritas*, *Common Law* y *convenciones constitucionales*. Dupriez combina, á mi ver, inexactamente la clasificación de Dicey, con la de Boutmy, comprendiendo en las fuentes escritas varios términos que éste distingue, y añadiendo el de convenciones.

7. En mi concepto, la más completa de las clasificaciones de las fuentes del derecho constitucional inglés, es la de Boutmy (2). Abarca esta clasificación los términos todos del derecho escrito y no escrito, y señala el respectivo carácter y valor *político* de cada uno. He aquí como:

«Hay, dice Boutmy, cuatro fuentes principales del derecho constitucional inglés: los *Tratados* y *Cuasi tratados*, los precedentes y usos que ordinariamente se designan bajo el nombre de *Common Law*, los *Pactos* y los *Estatutos* ó leyes. La primera y las dos últimas categorías forman la parte escrita de la Constitución, la segunda representa la parte no escrita. No siempre se distinguen por la forma. La diferencia está, sobre todo, en sus caracteres profundos, en los objetos que regulan, en el espíritu que las ha dictado» (3).

---

(1) *Les Ministres dans les principaux pays d'Europe et d'Amérique* (1892). Véase cap. I, páginas 5 y 9.

(2) Véase Franqueville, obra citada, t. I. Véase Dicey, obra citada, página 6, nota. Ambos autores ponderan la clasificación de Boutmy. Véase Boutmy, obra citada, páginas 9 á 81.

(3) Boutmy, obra citada, pág. 9.

Digitized by Google

8. Estas cuatro categorías de fuentes contienen, sin duda, todo el derecho constitucional positivo. Los tratados y cuasi tratados, señalan las etapas de la actual manera de ser del Estado, considerado en su aspecto exterior, como unidad internacional. Son los *Tratados* los documentos solemnes que consagran la unión política de las tres grandes regiones sometidas hoy á las Instituciones fundamentales: Inglaterra, propiamente dicha; Escocia é Irlanda. Tales Tratados son dos: el acta de unión con Escocia (1707), y el acta de unión con Irlanda (1800). Lo característico de los mismos está en que mediante ellos se funden políticamente soberanías distintas, y se consagra un Estado que antes existía como tal sólo en el nombre. Con ellos desaparece el Parlamento irlandés y el escocés: por el primer documento, Escocia é Inglaterra toman el nombre de Gran Bretaña, y por el segundo, anexiónase Irlanda, formando todas el Reino Unido, entrañando en el orden político esas uniones: 1.°, la adopción por los dos reinos anexionados de una misma dinastía, fijada hoy en la rama protestante de los Hannover; y 2.°, la introducción de un cierto número de miembros escoceses é irlandeses en las dos Cámaras del Parlamento inglés (1). El tratado último, el de unión con Irlanda, hállase hoy en vías de una nueva rectificación, mediante la reforma de la vida política irlandesa con el establecimiento del *Home rule*, ó consagración de la autonomía de aquella desdichada región.

Otros detalles y otras consecuencias de estos Tratados, relativos á cómo se ha mantenido, á pesar de ellos, el derecho propio, interno, de cada región, á como cada una tiene

(1) Obra citada de Boutmy, páginas 9 y 18.

Digitized by Google

á su legislación propia y á la situación respectiva de las iglesias en cada una, no podemos estudiarlas aquí.

Los Cuasi Tratados señalan una operación política de un alcance y dirección muy distintos de los de los Tratados. Si éstos entrañan una integración del Estado, aquéllos implican un trabajo de desintegración, en cuanto señalan la formación exterior de Estados dependientes de Inglaterra, los cuales se organizan autonómicamente. Los Cuasi Tratados son las actas relativas al Gobierno de la India inglesa y á las colonias como el Canadá, Cabo de Buena Esperanza y provincias australianas.

Pero tanto los Tratados como los Cuasi Tratados, «no son —dice Boutmy—más que un anexo, y en cierto modo una parte exterior de la Constitución» (1). El verdadero cuerpo del derecho constitucional lo forman el *Derecho consuetudinario*, los *Pactos* y los *Estatutos*, que paso á examinar brevemente por separado.

9. *Derecho consuetudinario*, ó sea *lex non scripta*, conjunto de precedentes y usos que se designan con el nombre de *Common Law*» (2). No debe, sin embargo, tomarse lo de *no escrito* al pie de la letra. Esos precedentes y usos hállanse consignados en un gran número de documentos, si bien, en general, se fundan en una práctica más ó menos larga, y «en la aquiescencia más ó menos antigua de los poderes y de la opinión». Su esfera de acción es amplísima, y las materias á que se refiere son de la mayor importancia. «En rigor—dice Boutmy—en el derecho constitucional, el escrito puede considerarse como un

(1) Obra citada de Boutmy, pág. 23.
(2) Obra citada, páginas 24 y 38.

Digitized by Google

derecho *de excepción*, ó bien como un derecho *complementario*» (1). La organización, las atribuciones, las relaciones recíprocas, y el juego político de los grandes poderes públicos, representados por la Monarquía, el Gabinete, la Cámara de los Lores, la Cámara de los Comunes....., todo lo que en definitiva forma el núcleo de las Constituciones modernas, está en Inglaterra, regulado por el *Common Law*, y así ocurre que los grandes conflictos constitucionales encuentran su solución, no en el *Statute Book*, sino en los archivos parlamentarios ó judiciales (2).

10. *Los Pactos*. Señala Boutmy en esta categoría *tres:* la *Magna Carta* (1275), el *Bill de derechos* (1688) y el *Acta de establecimiento* (1701), los cuales forman verdaderamente la base del derecho constitucional escrito inglés.

Pero ¿por qué Boutmy denomina á estos documentos *Pactos* y no los considera como *Estatutos?* Unos y otros son la obra común de los tres brazos del Parlamento: el Rey y las dos Cámaras; «sin embargo, lo que distingue á los primeros de los *Estatutos* propiamente dichos, es que el Rey no interviene como parte integrante de un mismo poder legislativo con los Lores y los Comunes, sino como una verdadera parte *contratante*, frente á la cual la nación aparecía con una personalidad distinta é independiente» (3).

Realmente, lo que dice Boutmy es exacto. Aunque los llamados *Pactos* tienen forma del derecho positivo, no es al modo que los estatutos, en virtud de las circunstan-

(1) Obra citada, pág. 27.

(2) Acerca de estos precedentes y usos, véase la obra de Erskine May, *Leyes, privilegios, procedimientos y costumbres del Parlamento inglés* (traducción italiana, publicada en la Biblioteca Brunialti).

(3) Boutmy, obra citada, pág. 39.

Digitized by Google

cias bajo que se redactan. Tienen un corte excepcional, revolucionario en su elaboración, y revisten la condición de pactos en su promulgación. La *Magna Carta* es primeramente una propuesta de paz, para resolver las luchas de los barones y el rey Juan, por haber violado éste los privilegios de aquéllos, y luego es el tratado de paz, en virtud del cual los barones reconocen de nuevo al Rey, y el Rey promete respetar los derechos de los barones. Al efecto, constan en la *Magna Carta* hasta cláusulas penales: «Si el Rey falta á su palabra, los *súbditos* (?) se reservan el derecho de retener sus castillos y molestarle como y cuanto puedan» (1). El *Bill de derechos* de 1688, es anterior al poder real: vacante éste por la huída y destronamiento de Jacobo II, se hace un llamamiento á María y á Guillermo de Orange, que no son los herederos directos del monarca huído; pero al entregarles el cetro, se les ofrece como ley de vida en el ejercicio del poder, un texto en el cual se reivindican las libertades y derechos violados por Jacobo II. Este texto fué leído ante los príncipes, en el gran salón de Whitehall. «Después de la lectura, sólo una cuestión se planteó por Halifax á los Monarcas. ¿Aceptaban la corona y el orden dinástico nuevo? Si alguna objeción se les ocurría contra la declaración de derechos, no les quedaba más recurso que declinar la oferta de Halifax» (2). Nada más lejos de lo que ordinariamente es una ley; pero nada también más semejante al proceder seguido para restaurar

(1) Una consagración expresa del tan discutido derecho de insurrección.

(2) Boutmy, obra citada, pág. 147. En la página 49 recuerda Boutmy la semejanza entre este modo de proceder y las fórmulas célebres de los aragoneses. «Nos, que valemos tanto como vos.....»

Digitized by Google

el régimen constitucional revolucionario en algunos países del Continente (por ejemplo, la Constitución de 1869 de España, aceptada por D. Amadeo de Saboya). No son tan acentuados los caracteres de *Pacto* del *Acta de establecimiento* de 1701. En su elaboración es una ley, hecha con idénticas formalidades, pero por su alcance es un pacto que obliga á quien quiera que llegase á ocupar el trono. Refiérese esta Acta al llamamiento al trono de la familia de Brunswick-Hannover, y encierra reglas políticas importantes.

El principal contenido jurídico de los *Pactos* puede sintetizarse diciendo que tienden sus disposiciones, bajo forma de limitaciones del poder real, á fijar los derechos del ciudadano inglés, y á regular en este respecto los poderes públicos. Son en la constitución inglesa estos *Pactos* lo que en las Constituciones continentales conceptuamos como *parte dogmática*. Los más señalados artículos de la *Magna Carta* tienen por objeto reivindicar las libertades individuales. No está este documento constitucional *vigente* hoy, en el sentido corriente de la palabra; hállase vigente «ó vivo su espíritu, que es el que penetra aún y anima la Inglaterra contemporánea» (1). En el *Bill de derechos*, la mayoría de sus trece artículos refiérese á limitaciones del poder real, pero siempre con la idea de afirmar una garantía de los derechos y libertades del ciudadano: el Rey no puede suspender las leyes, ni dispensar su ejecución, ni instituir tribunales de excepción, ni imponer multas excesivas, ni restringir el derecho de petición ni la libertad parlamentaria, etc., etc. En el *Acta of Settlement* hay pocas disposicio-

(1) Obra citada, pág. 45.

Digitized by Google

nes realmente constitucionales, pero aun hay algunas del alcance indicado, relativas «*á la limitación de la corona y á la mejor seguridad de los derechos y libertades de los súbditos.*»

11. Los *Estatutos* «forman—dice Boutmy—la tercera fuente del derecho constitucional. Son los actos que han sido votados por las dos Cámaras regularmente constituídas y que la Corona ha sancionado libremente» (1). Después de todo, por su forma y solemnidades, son leyes como las demás, supuesto que los ingleses, según hemos visto (libro I, cap. v, núm. 20), no admiten la distinción entre asambleas constituyentes y legislativas. «Cada Parlamento, en efecto, se considera con capacidad suficiente para obrar de ambas maneras» (2), y según Paley, ningún acto del Parlamento puede ser inconstitucional; pero es que tienen como garantía de estabilidad, esa garantía que se busca por los procedimientos extraordinarios, el espíritu público encariñado con el imperio de las costumbres y de la tradición, firme, evolutiva, continuamente reformable y reformada.

Una observación, sin embargo, debe hacerse á esta manera de definir los *Estatutos* de Boutmy, y es que si bien los Estatutos revisten siempre los caracteres exteriores indicados, y por sus trámites legislativos son como las leyes ordinarias; algunos de ellos entrañan un proceso especial, que implica una apertura real del período constituyente; ejemplo, el *Bill de reforma electoral* de 1832, ó la *Reforma del gobierno* (*Home rule*) *de Irlanda*, hoy en preparación legislativa. En este punto es preciso tener en cuenta lo que

(1) Obra citada, pág. 72.
(2) Obra citada, pág. 73.

Digitized by Google

se ha dicho al hablar de la reforma constitucional, inspirándonos en las opiniones de Burgess.

La esfera de acción de los Estatutos es, después de la del *Common Law*, la más amplia: en ellos se completan las garantías judiciales, esbozadas en los Pactos, y abrazan la libertad religiosa, los grandes derechos políticos, relativos á la prensa, asociaciones y reuniones, que no comprenden los citados Pactos y toda la materia electoral, con más, muchos de los objetos que generalmente suelen conceptuarse de derecho administrativo, tales, por ejemplo, como creación de nuevos departamentos ministeriales, organización local, etcétera, etc. De todos estos Estatutos, los que para la organización total del Estado han tenido y tienen mayor importancia son: los *Bills* de reforma electoral, de 1832, de 1867 y de 1885; este último especialmente, porque es la ley hoy vigente para la constitución de la Cámara de las Comunes, y además, los *Bills* que á partir de 1832 han venido consagrando la espontánea y necesaria reforma del *Selfgovernment*, sobre todo el *Bill* de reforma local (*Local government bill*) de 1888.

12. Aun cuando se ha de procurar en todas estas indagaciones fijar los caracteres diferenciales de las cinco Constituciones, creo necesario, antes de dar por terminadas estas indicaciones generales sobre las fuentes, recoger en brevísimas frases las notas más distintivas de la Constitución inglesa. Es bastante común considerar la Constitución inglesa, sin ulteriores explicaciones, y como cosa corriente é indiscutible: 1.°, *antirevolucionaria;* 2.°, *no escrita;* 3.°, esencialmente *histórica*, la única histórica, ó la Constitución histórica *por excelencia*. Burgess protesta contra el significado que habitualmente se da á estas tres notas,

Digitized by Google

y dice: «que la Constitución inglesa es producto, en una gran medida, de las revoluciones, que está escrita en gran parte, que todas las otras Constituciones son históricas» (1). Pero si es verdad que conviene rectificar el sentido vulgar con que se interpretan las notas indicadas, y por tanto, la Constitución inglesa, tiene como hemos visto, orígenes revolucionarios (los Pactos), y parte escrita (los Pactos, los Tratados y los Estatutos), y si además, todas las Constituciones son históricas, no es menos cierto: 1.°, que las revoluciones en Inglaterra han tenido un significado muy distinto del que tuvieron en Francia, por ejemplo. Las revoluciones políticas inglesas no fueron nunca la afirmación solemne de un principio abstracto, sino la confirmación de una tradición violada; 2.°, que la parte *no escrita*, ó mejor, consuetudinaria de la Constitución, tiene allí un mayor alcance que en cualquier país del Continente europeo y del americano. Además, la Constitución inglesa no ha sido nunca codificada; «apenas escrita, dice Boutmy, no puede en cierto modo traducirse á lengua vulgar, es discreta, velada» (2), y como advierte Dicey, esencialmente *flexible* y acomodaticia, sin necesidad de acudir para su reforma á grandes medios expresamente determinados, y 3.°, que el elemento *histórico*, que supone la continuidad de una tradición respetada, tiene en la Constitución de Inglaterra una significación y carácter más acentuados que en otra alguna. De todas las Constituciones, la inglesa es la que cuenta con fuentes directas de gran antigüedad, y la que, á pesar del valor de ciertas reformas (como la de 1832), no implica una iniciación expresa y total.

(1) Obra citada, pág. 91 del t. I.
(2) Obra citada.

Digitized by Google

CAPÍTULO IV.

LA CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS.

1. Es, en verdad, bien distinta, como advierte Dicey (1), la situación de los escritores que, como Kent ó Story (2), comentan la Constitución de los Estados Unidos, de aquella que ocupan quienes intentan comentar la Constitución inglesa. Según hemos visto, nada más indefinido y vago, al par qué complejo, que esta última Constitución; el comentarista en ella, empieza por no saber á que atenerse. En cambio, «cuando aquellos distinguidos juristas deliberan, bajo la forma de comentarios á la Constitución de los Estados Unidos, saben, precisa y definidamente, cuál es el objeto de su enseñanza y cómo tomarla». El tema de ésta pueden determinarlo, y así lo determinan, como una parte del derecho de su país, que además está contenida en un documento dado, accesible á todo el mundo, á saber. «La Constitución de los Estados Unidos, establecida y orde-

(1) Obra citada, páginas 4 y 6.

(2) Dos de los más renombrados comentaristas de la Constitución de los Estados Unidos. Las obras de Kent, *Commentaries on Amecican Law* y de Story, *Commentaries on the Constitution of the United States*, se reputan como de las más importantes.

Digitized by Google

nada por el pueblo de los Estados Unidos.» Los artículos de la Constitución hállanse también muy lógicamente desarrollados, y comprenden, bajo clara é inteligible forma, el derecho fundamental de la Unión. «Ese derecho, que ha sido formado, y sólo puede ser alterado, siguiendo un camino diferente de aquel que es de rigor seguir, para alterar ó reformar otro derecho cualquiera.....» (1). Además, si se pasa al detalle legislativo ó de ordenación relativa á las materias constitucionales, el comentarista de la Constitución americana, encuéntrase con disposiciones claras y terminantes, respecto de los *tres* poderes del Estado, tanto acerca de su formación, cuanto acerca de su ejercicio y relaciones. Todo, en suma, parece, al pronto por lo menos, claro y específico en la Constitución á que nos referimos.

No se trata, ciertamente, de una *excelencia* (?) particular y privativa de la Constitución norteamericana. Si eso es una ventaja ó una serie de ventajas, dependen éstas de la forma, no sólo escrita, sino codificada, que el derecho constitucional reviste, y por tanto, gozárase de ellas al estudiar cualquiera Constitúción que no sea la inglesa, y acaso la húngara. Pero, es preciso advertir que tales ventajas de claridad, sobriedad, orden y lógica, *aparentes*, propios del derecho constitucional codificado, ofrécense más acentuados en la Constitución de los Estados Unidos; entiéndase bien, en la Constitución federal, sin duda á causa de la cualidad misma de federal, y de no haberse redactado bajo la presión de circunstancias tan difíciles como, por ejemplo, ocurre con la alemana, y que han hecho de ésta, obra intrincada y de un mecanismo convencional complejísimo.

(1) Dicey, obra citada, pág. 4.

Digitized by Google

2. Lo verdaderamente singular es que esta Constitución tan clara y precisa, no sólo encuentra, como todas las Constituciones modernas, sus precedentes en la inglesa, sino que, como afirma Palma, es la hija legítima de ésta (1), como los *yankees* son los hijos legítimos de los ingleses (2). Pero se explica todo ello, teniendo en cuenta que los pueblos llegan á resultados análogos y á fines semejantes, por procedimientos históricos distintos, bajo la presión diferente de las circunstancias. El constitucionalismo inglés pasa con los emigrantes á Nueva Inglaterra; pero pasa sintetizado, formulado, abstractamente concebido, contenido en reglas y principios expresos, y pasa, además, bajo el influjo que por entonces ejercen las ideas del pacto social, y ya más tarde, las enseñanzas de Montesquieu, el gran teorizador de la Constitución inglesa. Por otra parte, ciñéndonos á la Constitución federal, se comprende muy bien su forma regular y simétrica, clara y ordenada, teniendo en cuenta que es por su forma un pacto, un pacto expreso entre partes autónomas, sancionado por una gran masa de hombres que aspiran á ser un pueblo. «Nosotros, dice el preámbulo ó encabezado de la Constitución, el pueblo de los Estados Unidos, con el fin de hacer más perfecta nuestra unión, etc., etc., etc....., hacemos, ordenamos y establecemos esta Constitución para los Estados Unidos de América.»

¿Cuándo se vió Inglaterra en circunstancias parecidas, de tener que organizar su Estado de modo que garantizase la justicia, la tranquilidad interior....., la autonomía de las

(1) *Corso di diritto Costituzionale*, vol. I, pág. 360.
(2) Véase Gladstone, *Kin beyond sea*.

Digitized by Google

partes integrantes, por medio de un Gobierno á que expresamente se someten éstas?

Lo que pasa, poco menos que invariable, á esta Constitución norteamericana, es el espíritu inglés de la *continuidad*, del respeto á la ley y á la tradición. Esta es, sin duda, aparte de otras razones, una de las que pueden explicar, cómo á pesar de su carácter expreso y mecánico la Constitución de los Estados Unidos se conceptúa como inmutable y como sagrada, infundiendo á los ciudadanos de aquel pueblo un respeto y una veneración que no han infundido las Constituciones de otros países, y que sólo pueden compararse con la veneración y el respeto que los ingleses tienen por su *antiquísima* Constitución *no escrita*.

3. De esta nueva y original manifestación del espíritu inglés, nace, probablemente, un raro contraste digno de notarse entre la Constitución inglesa y la de los Estados Unidos (1). Es la primera totalmente *flexible*, y tal flexibilidad, á que repetidas veces hemos aludido, se explica en parte por la repugnancia que los ingleses tienen de proponerse la cuestión de la reforma constitucional. Para el inglés la Constitución de hoy es la misma de siempre, en lo fundamental, y sin embargo, cambia y se adapta indefinidamente. Es la segunda *rígida*, no sólo por lo que observan Dicey (2) y Bryce (3), sino por la repugnancia demostrada por los americanos para proceder á la reforma de su Código federal. La *fórmula* de la Constitución inglesa es *implícita* y *á posteriori*, además es indefinida y vaga. Su contenido hállase

(1) *The American Commonwealth*, t. I.
(2) Obra citada.
(3) Obra citada.

Digitized by Google

disperso, como dice Bryce, en centenares de volúmenes, de estatutos y de precedentes. La fórmula de la norteamericana es *explícita* y *à priori;* léese en veintitrés minutos; antes de ella no hay nada que no sea la directa preparación histórica de su elaboración final; pero por las numerosas interpretaciones de que ha sido objeto, puede, como hace Bryce, compararse con el Korán, la Biblia ó el Digesto. En opinión de los norteamericanos, la Constitución es á modo de una ley inmutable; pero la prueba clara de lo equivocado de tal suposición está en la variedad misma de los aludidos comentarios, que implica una variedad grande de interpretaciones. Lo que hay es que en la inglesa se llega á la fórmula, á partir de la diversidad de precedentes, y en la americana se parte la fórmula para llegar á la diversidad de aplicaciones sucesivas, que son, á su vez, precedentes de la manera actual de ser de la misma Constitución.

Penetrando bien en el alcance y significado de este contraste, quizá tenemos ante la vista dos efectos distintos de una causa idéntica, sometida, al producirla, á circunstancias diferentes. Trátase, en verdad, de un mismo espíritu político en edades distintas de la vida, manifestándose en momentos históricos diversos, y produciéndose en un caso *al revés* de como se produce en el otro.

4. No obstante lo dicho antes acerca de la diáfana claridad y vigor lógico de la Constitución de los Estados Unidos, conviene no dejarse llevar por el significado halagüeño de esas palabras. La Constitución es así, como tales calificativos indican....., pero sobre el papel. Si del papel se penetra por la sugestión de la vida real, de la aplicación y del comentario, en el espíritu del derecho constitucional, las dificultades surgen por doquiera, no sólo del lado que

Digitized by Google

venimos señalando al estudiar la complejidad de la Constitución inglesa, es decir, del lado del influjo de la costumbre modificativa del texto, ó complementaria del derecho escrito, sino del lado mismo de la especialidad de la Constitución norteamericana como Constitución *federal*.

En efecto, quien se diera por satisfecho con leer el articulado de la Constitución de 1787, y enmiendas posteriores, quedaríase en ayunas respecto de muchas y muy importantes cuestiones prácticas del derecho constitucional de aquel país. En primer lugar, la Constitución comprende muy pequeño número de asuntos; es sobria hasta el extremo; pero no debe olvidarse que se trata, según dejo indicado, de una Constitución *federal*, es decir, de una Constitución que contiene aquello que las *partes contratantes* no han juzgado necesario reservarse privativamente, abarcando así tan sólo la determinación expresa de la esfera propia de los poderes (Gobierno) de la Unión, con el señalamiento de los límites de sus funciones respectivas. De ahí que, como afirma Boutmy, «la Constitución federal no es más que un fragmento, y no tiene en sí misma sentido definido.....; puede decirse que es un cuerpo del cual no se percibe más que la cabeza, los pies y las manos, todo lo que sirve para la vida de relación, mientras que el tronco entero se oculta con los órganos que mantienen la vida, propiamente dicha, la vida vegetativa» (1). Estos órganos, tan esenciales, como se ve, en la total existencia del organismo, son las Constituciones de los Estados; esto es, una porción de documentos de corte político análogo al de las Constituciones escritas que conocemos en Europa, y que son las

(1) Obra citada, páginas 205 y 108.

Digitized by Google

respectivas leyes de vida de cada una de las *colectividades* autónomas, en el recto sentido de la palabra, que forman el Estado federal norteamericano.

5. Conviene advertir que no siempre se han tenido en cuenta, con todo el valor que realmente suponen, estos elementos esenciales del derecho constitucional. Contemplada la Constitución desde lo alto, estudiada bajo la preocupación del constitucionalismo francés, centralizador y absorbente, y contenido todo él, al parecer, en la organización de los poderes del Estado nacional, no podía darse ni por los Tocqueville (1), á pesar de su amor por las instituciones municipales, ni por los Laboulaye, la importantísima significación real de las Constituciones de los Estados, cuya formación histórica entraña el movimiento de las ideas políticas más íntimas y trascendentales, aquellas precisamente que entre nosotros apasionan más. Basta tener en cuenta que problemas tan de primer orden como el procedimiento electoral del Presidente, el de la fijación del criterio del sufragio, como universal ó restringido, directo ó indirecto....., la determinación de la ciudadanía política y otros, hállanse resueltos en gran parte por las Constituciones de los Estados y no por la federal. En rigor, un estudio detenido, detallado, completo en todas sus partes (como aquí no puede hacerse) del derecho constitucional norteamericano, implicaría un examen comparativo de los derechos políticos de los Estados, como base ó cimiento de la Constitución federal ó de la Unión.

Este defecto gravísimo en el modo de hacer el estudio del derecho constitucional americano, defecto por lo de-

(1) *Le democratie en Amérique.*

Digitized by Google

más acusable á los mismos americanos (1), ha sido puesto de manifiesto en estos últimos tiempos, señalando todos sus inconvenientes, por dos de los escritores más notables que conocemos en ciencias políticas, á saber, por Boutmy (2) y por Bryce (3), los cuales, como advierte Borgeaud (4), «no han tenido que esforzarse mucho para mostrar que las instituciones de los Estados son el edificio mismo del cual la Constitución federal no es más que el coronamiento, que en ellas es en donde se halla la base firme de las instituciones del país, y que la democracia americana no puede ser comprendida y juzgada fuera de los límites en que se ha verificado su desenvolvimiento.»

Por otra parte, según dejo indicado ya, por más que la Constitución federal esté desde su origen formulada en un documento solemne, sería insensato pensar que se conservó inmutable, hasta el punto de que sea hoy su mecanismo práctico, idéntico al que se ideó en tiempos de Washington, y comentaba *El Federalista* (5). Es preciso rectificar

---

(1) Borgeaud, *Etablissement et Revisión des Constitutions*, pág. 165.

(2) *Etudes de droit constitutionnel* (París, 1885, un volumen).

(3) *The American commonwealth* (Londres, 1889, tres volúmenes).

(4) Obra citada, páginas 157 y 58.

(5) *The Federalist, A commentary on the Constitution of the United States, being á collection of Essays Written in support of the Constitution agreed upon September* 17, 1787, *by the Federal Convention*, por Hamtilon, Jay y Madison. Consta *El Federalista* de 85 números, y se reputa como la más importante autoridad que en los Estados Unidos se puede citar en derecho constitucional. *El Federalista* fué escrito y publicado precisamente cuando se discutía la Constitución de 1787, y es uno de los libros, hoy, que pueden leerse con más fruto y que se leen con más gusto, para comprender lo que en la mente de los autores de la Constitución norteamericana debía ser ésta en el porvenir. De los 85 números de que consta *El Federalista*, según la edición de H. Cabot (Londres, 1888), que es la que tengo á la vista, la mayoría atribúyense á Hamilton.

Digitized by Google

el texto, explicarlo, comprenderlo, en suma, á la luz de las costumbres y de los procedimientos actuales, que entrañan para cada una de las instituciones fundamentales del Gobierno federal (Presidente, Congreso, Tribunal federal) una significación especial, resultado del influjo de las circunstancias y de la dirección seguida en el desenvolvimiento histórico. Luego veremos la importancia de este elemento en la Constitución.

6. Las condiciones particulares que por tal modo influyen en la manera de estudiar la Constitución de los Estados Unidos, son el resultado natural y necesario de su formación y de su historia. La Constitución de los Estados Unidos tiene un punto de partida culminante, indudable, que significa de un lado la conclusión de un ciclo preparatorio perfectamente señalado, y por otro la iniciación de un ciclo nuevo, que en rigor quizá no está aún terminado, por más que nos encontremos, cuando menos, en el período álgido de su más esplendoroso florecimiento. Ahora bien; en el ciclo preparatorio se dibujan, ó mejor, se afirman con un vigor y una fuerza grandes, los dos elementos fundamentales del Derecho constitucional, pero especialmente uno de ellos: los *Estados*. El otro, la *Unión*, es un germen entonces, pero un germen tan en sazón para fructificar y producirse, que su génesis y su desarrollo, hasta llegar á su expansión plena y á su completa lozanía, llenan casi por entero el ciclo siguiente. La presentación de tales elementos esenciales en el derecho constitucional de que tratamos, explícase por qué desde el primer momento cuando va á concertarse el Estado del porvenir hay una porción de Estados, independientes unos de los otros, que forman aquél para afirmar más y más su propia independencia.

Digitized by Google

7. Si, prescindiendo de estas consideraciones generales, nos fijamos concretamente en los hechos representativos de la evolución histórica de la Constitución americana, podemos señalar como el punto de partida del derecho constitucional, aquel momento en que se redacta la Constitución de 1787, y que inicia el período que pudiéramos llamar *constitucional*, y en el cual las entidades políticas preexistentes se unen y forman la confederación que en el porvenir, y por un lento procedimiento de internas composiciones, ha de producir el Estado federal que actualmente conocemos. Pero este punto de partida, é inicial del período, presupone toda una tarea preparatoria que abarca dos períodos distintos, según la adecuada distinción de Burgess, á saber: 1.°, el *colonial*, y 2.°, el *revolucionario* (1).

El período colonial puede conceptuarse iniciado en 1497, cuando Cabot desembarcaba en América, realizando el encargo de Enrique VII de descubrir y de ocupar en su nombre tierras no poseídas por ninguna nación cristiana, ó bien en 1584, cuando Walter Raleigh obtuvo carta ó patente para colonizar tierras descubiertas por Cabot. Durante este período se forman las entidades sociales con el carácter y condición de colonias de Inglaterra, bajo cuyo Estado viven. Es un período, por decirlo así, de integración particular y de elaboración general de un pueblo futuro que ha de constituir el núcleo dinámico de un Estado poderoso y fuerte. La integración á que me refiero es la de los pri-

(1) Burgess, obra citada, t 1, pág. 98, divide la historia política de los Estados Unidos en tres períodos, el colonial, el revolucionario y el confederado. Acepto en parte la división de Burgess, pero fijando términos y contenido histórico distintos.

Digitized by Google

meros Estados, que al terminar este período llegan á *trece;* integración que se realiza mediante la formación de las Constituciones políticas con su especial manera de Gobierno, según que se trata de colonias *reales* (New-Hampshire, New York, New Jersey, Virginia, las dos Carolinas y Georgia), ó de colonias de *propietarios* (Maryland, Pensilvania y Delaware), ó bien de colonias de *cartas* (Massachusetts, Connecticut y Rhod Island) (1).

Todas estas colectividades durante el período colonial eran «independientes unas de otras *de jure*, pero tenían *de facto* una comunidad cuyas bases eran la unidad geográfica ó territorial, la unidad de razas mediante el predominio de la anglo-sajona, y la unidad de derecho y de costumbres» (2); comunidad natural ésta que determina movimientos, ya en este mismo período, de aproximación política de gran interés. En efecto; por más que las colonias no tienen el derecho de contraer alianzas entre sí, ni de hacer nada de lo que implica la vida internacional, varias de ellas intentaron diferentes veces formar una especie de unión; así, por ejemplo, en 1643 coligáronse Massachusetts, Connecticut y New Haven para la mutua protección contra los indios; en 1754, reuniéronse los delegados de *siete* colonias para fijar las medidas que debían tomarse en caso de guerra con Francia, y, por fin, en 1765 los delegados de *nueve* reuniéronse en Nueva York, pero ya con un propósito de hostilidad manifiesta contra Inglaterra, acordando publicar una *Declaración de derechos.*

---

(1) V. H. Davis, *Desenvolvimiento de las relaciones entre los tres poderes del Estado en la Constitución americana*, traducción italiana, Biblioteca Brunialti. T. VI, parte 1.ª, pág. 112.

(2) Véase Azcárate, *Los Estados Unidos.* Conferencia, pág. 23.

Digitized by Google

El período revolucionario no vino, después de todo, mas que á acentuar, y al cabo á consolidar, esas tendencias unitarias, en germen en el colonial. Es este período el de formación del Estado con la integración social de la futura confederación. Puede conceptuarse iniciado en el primer Congreso continental de 1774, reunido en Filadelfia, y en el de 1775, reunido también en Filadelfia; pues ellos son los que conducen á las trece colonias al acto más importante del período revolucionario, esto es, al acto de la *declaración de independencia* de 4 de Julio de 1776, y el cual, al romper el lazo último con Inglaterra, pone al descubierto la necesidad de constituir un nuevo Estado, necesidad expresamente reconocida por las colonias y que encuentra al pronto satisfacción en el primer documento de carácter constitucional que los americanos redactan y adoptan en 15 de Noviembre de 1777, bajo el nombre de *Articles of confederation*. No tuvo ciertamente un éxito feliz esta Constitución. No se creaba con ella todavía el Estado, antes bien era un obstáculo terminante á la plena y completa formación de éste. En rigor, aun cuando los estímulos naturales fuesen numerosos, aun cuando las cosas se inclinasen *inconscientemente* del lado aquél del cual al fin habían de caer *conscientemente*, existía en las colonias una gran desconfianza, avivada por el amor á la independencia, despierto y fuerte entonces como nunca. Los *Artículos de la confederación* no presuponían el pueblo de los Estados Unidos, formado ya, como factor unitario, pero en cambio presuponían la persistencia de las trece soberanías celosas de su poder.

Sin embargo, á pesar de la Constitución de 1777, las tendencias unitarias internas siguieron acentuándose; la necesidad de una fórmula nueva más extensa y completa, más

Digitized by Google

política, más duradera, se imponía; y á esta imposición obedecieron primero los delegados reunidos en la Convención de Annápolis (Maryland), y luego los de Filadelfia, reunidos en 1787. En esta última es en donde, después de dificultades sin cuento, salvadas por el certero y hábil espíritu político de los grandes hombres de aquel entonces (los Wáshington, Hamilton, Madison, etc.), se logró hacer adoptar la Constitución de 17 de Septiembre del mismo año.

Pero no fué éste el último y definitivo paso en la formación del Estado. Puede sí considerarse la adopción de la Constitución de 1787 por la Convención de Filadelfia, como el momento inicial del derecho constitucional; recibe con tal adopción la integración de éste un impulso vigoroso y á la larga definitivo. Sin embargo, es preciso tener en cuenta que aun después de aprobada la Constitución por la Convención citada, y luego que Wáshington, la transmitió al Congreso, éste la envió á los Estados, invitándoles á someterla á la aprobación de Convenciones populares elegidas al efecto. Reuniéronse éstas, y la Constitución, después de no pocas vacilaciones, fué aceptada en ellas por mayorías más ó menos considerables. En 1788 pronunciáronse favorablemente once Estados, pero dos, la Carolina del Sur y Rhod Island, sólo la aceptaron algunos meses después, en Noviembre de 1789 el primero y en Mayo de 1790 el segundo.

La aceptación íntegra de la Constitución por todos los Estados nos coloca plenamente dentro del período que yo he llamado constitucional, por parecerme esta palabra expresiva y exacta. Mirado este período en conjunto, y atendiendo al valor y significación de los resultados, puede considerarse todo él como el paso de una Confederación de

Digitized by Google

Estados organizada bajo principios de tendencia unitaria, á un Estado *federal*. Es, fuera del ejemplo de Suiza, ó al par que él, el caso más admirable de la formación orgánica de un *Estado de Estados*, bajo el imperio de un derecho expresamente redactado y vivido.

Para comprender el alcance y valor de lo que decimos, basta tener en cuenta de qué manera persiste en los primeros momentos del período constitucional la tendencia antiunitaria, y de qué modo esta tendencia va poco á poco transformándose hasta desaparecer y disolverse con los resultados de la guerra de secesión. La historia de los partidos políticos sirve para el objeto por modo admirable (1). Actualmente diferéncianse estas grandes agrupaciones, más por el criterio distinto que sostienen en las cuestiones económicas, que por motivos políticos y menos aun constitucionales; representa sin duda, el *demócrata* la tradición de la independencia local y de los Estados, mientras el *republicano*, llamado antes *wigh* y primero *federalista*, la tradición favorable á la fortificación de los poderes federales; pero ya no son en este punto lo que los primitivos partidos existentes ya antes de establecerse la República y reorganizados luego vigorosamente. Entonces debatíase en las grandes luchas electorales el alcance de los principios contenidos en la Constitución, sosteniendo el célebre Hamilton la necesidad de ensanchar la esfera de acción del poder central para formar así el Estado, y defendiendo Jefferson la tendencia contraria, que implicaba el separatismo posible.

(1) Un estudio admirable y completo de la evolución histórica de los partidos en América, puede verse en Bryce, obra citada.

Digitized by Google

8. Consideradas en la práctica la evolución histórica de la Constitución federal y la evolución más accidentada de las Constituciones de los Estados, puede decirse que todas han sido siempre y son hoy todavía, y lo serán en un largo é indefinible porvenir, la obra permanente de un equilibrio dificilísimo de mantener por lo complejo de las fuerzas imperantes y por lo expreso y definido de las reglas á que han de someterse las diversas ponderaciones de esas fuerzas. Los autores de la Constitución de 1787 comprendieron muy bien esta naturaleza especial del Estado, cuya organización procuraban conseguir. Existía en él desde un principio, además de la oposición de los poderes centrales, según el criterio sostenido por Montesquieu (1), la oposición interior de poderes representada por la oposición celosa de la soberanía particular de los Estados. Por cierto que al describir uno de los redactores de *El Federalista* (2) este mecanismo difícil é intrincado, lo conceptuaba como una de las excelencias de la Constitución. «En la República compuesta, de América, dice, el poder delegado por el pueblo hállase, en primer término, dividido entre dos Gobiernos distintos, y luego la porción de cada uno está además subdividida en departamentos diversos y separados. De donde se origina una doble garantía y seguridad para los derechos del pueblo. Los dos Gobiernos se contrapesan y regulan uno á otro, al propio tiempo que es contrapesado y vigilado cada uno por sí mismo y en sí mismo» (3).

(1) *Espíritu de las leyes.*

(2) Hamilton ó Madison, pues el número 51 de *The Federalist* se atribuye á ambos indistintamente.

(3) Véase en *El Federalista*, edición Cabot, pág. 325.

Digitized by Google

9. Es dificilísimo, ó mejor imposible, señalar el momento culminante, inicial del derecho constitucional de los Estados Unidos, según la forma y los caracteres, y hasta el sentido que actualmente tiene. No puede decirse que á pesar de la inmutabilidad de los *textos* federales, sea la Constitución de hoy lo mismo que en 1789 y 1790, como la América de Wáshington, con sus trece Estados y sus tres ó cuatro millones de habitantes, no es la América de Cleveland, con sus 43 Estados, varios territorios y sesenta y tantos millones de almas. Por de pronto, según advierte Boutmy, «desde el origen de la unión hasta 1860, la base del poder ha cambiado por completo: de republicana se ha hecho democrática y de democrática se ha hecho olocrática» (1). Además, las bases políticas se han estrechado: lo que al principio no había, esto es, un pueblo-nación, hoy lo hay; el mecanismo constitucional que empezó entrañando una interior oposición antifederal, hoy lo es de un Estado federal perfecto, quizá el más perfecto de cuantos existen.

Pero ¿hay algún acontecimiento que represente el momento inicial de una transformación ó bien el momento culminante de una gran crisis? La guerra de secesión (en el período de 1850-60, el más difícil de la unión), es el único hecho que puede tener la significación indicada, más nunca con el alcance político que para el objeto se requiere. Determina la guerra de secesión la consolidación del Estado, pero no implica un cambio formal en las instituciones.

En este punto, pues, es preciso prescindir de señalar fe-

(1) Obra citada, pág. 112.

Digitized by Google

chas determinadas; lo que hace falta es, partiendo del conocimiento de las fuentes que paso á exponer, interpretarlas en la práctica, según el grado de su combinación actual, y teniendo en cuenta los variados y constantes influjos recíprocos.

10. Las fuentes del derecho constitucional de los Estados Unidos pueden reducirse á tres, que sintetizan los orígenes de su actual modo de ser. Son éstas las siguientes: 1.ª La Constitución federal con sus *quince* adiciones y enmiendas posteriores. 2.ª Las Constituciones de los Estados, y 3.ª El derecho consuetudinario, enriquecido, con las interpretaciones del texto ó textos, con las adaptaciones diversas del articulado y con los complementos que entrañan los precedentes, que poco á poco han ido formando los poderes en su ejercicio. En una exposición completa de estas fuentes, tal como procuraré hacerla en el derecho constitucional español, había que añadir otras leyes y disposiciones políticas (1) de que prescindo.

Considerando comparativamente el valor de las tres fuentes enumeradas, puede decirse que la primera y la última lo tienen absoluto: son total y exclusivamente derecho constitucional. La segunda tiene un valor en parte absoluto también, en cuanto se refiere al derecho político regional ó de los Estados, y al influjo que éste tiene en el desenvolvimiento de las instituciones del derecho de la Unión, y en parte relativo para la comprensión defini-

(1) Importan muchísimo para la comprensión del derecho constitucional de los Estados Unidos, las obras de los más célebres comentaristas, como Story y Kent. Debe consultarse Cooley, *General principles of constitutional law in the United States*, Von Holst (*Constitutional Law*), Bryce (ob. cit.), Baker (*The federal Constitution*), etc. Véase luego el GUÍA.

Digitized by Google

tiva de éstas y en cuanto importa como derecho complementario. Desde luego se comprenderá que en el estudio presente nos interesan las dos fuentes primera y tercera con todo el valor que tienen, y la segunda sólo como derecho complementario del contenido de las otras, toda vez que aquí se trata especialmente de la Constitución de los Estados Unidos, no de la Constitución de cada Estado en particular.

11. La Constitución federal vigente es, como dijimos ya, la de 1787. Tiene, pues, el texto *inmutable* una relativa antigüedad, sobre todo, si la comparamos con la antigüedad de casi todos los textos constitucionales conocidos. Durante tan larga existencia constantemente pacífica, excepto en la guerra de secesión (1861-65), sólo se le han añadido 15 enmiendas (1). Desde la I á la X de éstas fueron obra del primer Congreso de 1789, y contienen la declaración de derechos y la de que el Congreso no tiene más que poderes limitados. La adición ó enmienda XI es de 1798, y refiérese á ciertas restricciones de la jurisdicción federal. La XII es de 1804, y tuvo por objeto modificar el sistema de votación presidencial. La XIII es de 1865, y contiene la abolición de la esclavitud. La XIV es de 1868 y se refiere, sobre todo, á los derechos de los ciudadanos y á la distribución de los representantes del Congreso entre los Estados. Por último, la XV es de 1870, y garantiza el voto á los negros libertos.

12. Es bastante más difícil exponer la segunda categoría de fuentes, por su gran variedad y por su importancia y significación especialísimas, desde el punto de vista del dere-

(1) El texto de la Constitución y el de las enmiendas se insertan en el GUÍA.

Digitized by Google

cho constitucional federal. No me detendré, porque no hace falta, á enumerarlas y á indicar la respectiva evolución. Quien desee estudiar este punto con relativo detenimiento, puede verlo tratado magistralmente en la obra tantas veces citada de Bryce (1). Para el objeto que ahora se persigue es suficiente señalar aquellos caracteres más principales de las Constituciones de los Estados, que por una parte revelan su propia naturaleza, y por otra, permiten calcular lo que su formación y transformaciones suponen, en la marcha de la Constitución federal y en la determinación de las tendencias políticas dominantes.

Por de pronto, debe tenerse en cuenta que las Constituciones de los Estados son los monumentos más antiguos del derecho constitucional americano. Recuérdese si no lo que en la expansión de la idea de la Constitución escrita suponen algunos de ellos (véase cap. II del lib. I); son en rigor las primeras manifestaciones de la aplicación reflexiva del derecho á la vida de los poderes públicos, y entrañan la espontánea transformación de aquellos primeros privilegios coloniales y concesiones del Rey, que iniciaron el establecimiento de la futura sociedad política. En este concepto, las Constituciones de los Estados han preparado y hasta sugerido, en no pequeña medida, la Constitución federal (2).

---

(1) *The American Commonwealth*, vol. II, capítulos XXXVII y XXXVIII. Pueden consultarse, además, las obras de Stimson, *American Statute Law*, Hitchcock, *American Constitutions* (en la serie de estudios de Putnam, *Cuestiones útiles del día*); una colección bastante completa de las Constituciones, es la de Poore, publicada por disposición del Congreso bajo el título de *Federal and States Constitutions*.

(2) Véase Borgeaud, obra citada, I y III.

Digitized by Google

Además, las Constituciones de los Estados son la expresión más inmediata de la voluntad del pueblo, las que mejor revelan el sentido dominante en la opinión y las que recogen de un modo más directo la acción eficaz del poder político. Para interpretar ó conocer cómo en América se ha resuelto el problema fundamental del Estado, esto es, el problema de la soberanía, es preciso aludir á ellas. Todas, excepto la de Delaware, reconocen que su origen inmediato está en la voluntad popular (1), en su consecuencia, como cada Estado tiene la consideración de personalidad autónoma, las Constituciones no dependen para nada del poder ó poderes federales, antes bien contribuyen á su formación constante, y por otra parte no dependen de los poderes constituídos del Estado mismo, sino que son obra del pueblo, que nombra para el caso una Convención, abriendo, siempre que es preciso, el período *constituyente* (2). La idea dominante en la generación del derecho constitucional especial de cada una de las distintas Repúblicas que forman el Estado federal, es la de la aprobación popular (3).

Por último, las Constituciones de los Estados como no son al igual que la federal, de *segundo grado*, sino de *primero*, y por tanto, no entrañan la limitación *à priori* de su esfera, por las tendencias naturalmente desconfiadas de las

(1) Aun en este Estado, el procedimiento indirectamente viene á dar intervención al pueblo. La *representación* ordinaria tiene la facultad de modificar la Constitución, pero á condición de que las modificaciones sean aprobadas en dos legislaturas sucesivas, debiendo ser comunicadas al pueblo antes de la elección de la segunda legislatura.

(2) Véase Azcárate, *loc. cit*, pág. 30.

(3) Bryce, obra citada, vol. VII, cap. XXXVII.

Digitized by Google

soberanías de los Estados, tienen una mayor extensión que la Constitución federal, y aun por razones tradicionales, imposibles de exponer aquí, que la generalidad de las Constituciones escritas.

Según Bryce, una Constitución normal consta de cinco partes:

1.ª Definición de los confines del Estado (de que se prescinde cuando se trata de un Estado antíguo).

2.ª El llamado *bill* de derechos (parte que hemos denominado dogmática, va generalmente al principio).

3.ª Forma de Gobierno (esto es, nombre, funciones y poderes de los funcionarios á cuyo cargo corre la ejecución de las leyes, de los cuerpos legisladores y de los tribunales).

4.ª Disposiciones varias acerca de la administración ó de las leyes, por ejemplo, acerca de las escuelas, la milicia, el impuesto, deuda pública, gobierno local, prisiones del Estado, agricultura, trabajo, modo de proceder á reformar la Constitución, etc., etc.

5.ª Procedimiento para someter á la aprobación popular el proyecto de Constitución (1).

Ahora bien: teniendo en cuenta la interna y directa compenetración histórica de la Constitución con el pueblo, y la atracción que sobre éste ha de ejercer, por lo mismo que la Constitución del Estado y no la federal, es la que más de cerca le interesa y le toca (2), se comprende que la esfera

---

(1) Obra citada, vol. VII, cap. XXXVII.

(2) Según el senador Williams, un ciudadano americano puede pasar toda su vida sin tener que invocar las leyes federales, ni poner en acción los poderes de la Unión una sola vez. (*Rise and fall of the model republic.*)

Digitized by Google

de acción más importante para producirse el juego natural de las fuerzas sociales y de las tendencias y aspiraciones políticas, sea la de la Constitución del Estado mismo. Así ocurre un contraste muy significativo, y por otra parte, de un alcance muy grande para explicar la evolución real é interna del derecho constitucional norteamericano. En efecto; mientras la Constitución federal es hoy casi la misma en su letra que en 1787, las Constituciones de los Estados han variado, por lo general, bastante, y así parece que los *desahogos* políticos, las explosiones reformistas, la crítica, las aspiraciones á ideales que en los Estados unitarios como Francia y España, encontraron y encuentran su propio campo de acción en la Constitución nacional, en América lo encontraron y tienen en la vida constitucional del Estado respectivo. Según cálculos que anota Bryce (1) tomándolos de una obra del Dr. Hitchcock (2) «el número total de Constituciones de los Estados, adoptadas en 1776 y decretadas en ellos desde este año—teniendo en cuenta que entonces eran trece y ahora son cuarenta y tres—es de ciento diez, habiendo sido objeto además estas Constituciones de doscientas veintidós enmiendas parciales. Y eso que estas cifras no comprenden todas las modificaciones de una manera exacta, ni tampoco ciertas Constituciones posteriores á 1886. El *Handbook* (*Manual*) de Macpherson enumera hasta treinta y cuatro enmiendas constitucionales adoptadas desde Julio de 1874 á Julio de 1886, y cuatro rechazadas.

La duración media de una Constitución es de treinta años, si bien hay diez que duraron hasta sesenta. Debe no-

(1) Obra citada, vol. VII, capítulo citado.
(2) *Study of American State Constitutions* (1887.)

Digitized by Google

tarse además, que el pueblo rechaza con frecuencia, tanto los proyectos completos de Constitución, como los de enmiendas parciales. En estos últimos diez años corrieron esta suerte seis de los primeros y más de veintiocho de los segundos.

13. Como muy oportunamente advierte Boutmy al anotar las precauciones con que debe estudiarse el derecho constitucional de los Estados Unidos: «La Constitución federal, no sólo encuentra su complemento en las Constituciones de los Estados. Hay otras fuentes que agotar..... Una máquina que funciona después de mucho tiempo, no debe ser estudiada sólo en el album del constructor.....; la reproducción práctica no es completa ni es siempre fiel» (1). A fuerza de moverse, el mecanismo cambia, se adapta, y el mecánico salva las dificultades de su aplicación añadiendo tal ó cual rueda, modificando este ó el otro engranaje..... y así ocurre que, sin notarlo casi, al cabo de años se caería en un error funesto, si se juzgase del juego de la máquina por los croquis del proyectista.

«Algo de esto, continúa Boutmy, ha ocurrido con la Constitución americana. Á la larga, interpretaciones que se acreditan, prácticas accidentales que se repiten, usurpaciones que la opinión impulsa, abandonos de que levánta la opinión acta....., han formado al lado del derecho antiguo y consagrado ya, un derecho complementario.....», el cual pocas veces se ha fijado expresamente en el cuerpo constitucional de carácter solemne y sistemático; antes bien, queda, según las circunstancias, en este ó en el otro

(1) Obra citada, páginas 113 y 115.

Digitized by Google

documento colateral, ó meramente en el uso, en la tradición, en la costumbre.

Ya al hablar de la formación jurídica de las Constituciones, se ha aludido á las modificaciones efectuadas en la Constitución federal, como resultado de los influjos á que hacemos referencia. Los dos poderes federales esencialmente políticos, el Presidente de la República y el Congreso, han cambiado en muchos respectos importantes. Prescindiendo del primero, el segundo, sobre todo, en una de sus Cámaras: el Senado, es hoy cosa muy diferente de cuando fué fundado ó establecido en virtud de la Constitución. En primer término, el aumento natural de los Estados de la federación lo ha convertido, de un cuerpo reducido y manejable, de veintitantos miembros, en una Asamblea fuerte, poderosa, la más respetable y respetada de las dos que forman el Congreso, con sus ochenta y tantos individuos (1). Empezó siendo una dieta de plenipotenciarios de los Estados, un verdadero Consejo federal, con su carácter esencialmente ejecutivo, en el cual los miembros se conceptuaban ligados estrictamente al Estado que representaban, por algo que parecía un como mandato imperativo, para llegar á ser una Asamblea legislativa, un cuerpo moderador infinitamente más autorizado que la Cámara de representantes, con una autonomía tal, que puede considerarse como el órgano que prácticamente asume mayor suma de poder social y como el lazo más estrecho entre los diferentes componentes de la Unión.

Por otra parte, el tercer poder federal, que no tiene una

(1) Acerca del Senado son interesantísimas las consideraciones que hace Sumner Maine en sus *Ensayos sobre el Gobierno popular*.

Digitized by Google

significación política tan acentuada, esto es, el Tribunal Supremo, «ha llegado á adquirir una importancia que ni siquiera pudieron prever los fundadores de la República» (1).

14. Pero vengamos ya á señalar sintéticamente el carácter distintivo y saliente de esta Constitución. La Constitución de los Estados Unidos es, como la francesa, y á diferencia de la inglesa, el resultado de un acto imperativo, y en su significación meramente exterior un verdadero pacto expreso entre varias soberanías territoriales. Esto es, si se atiende sólo á la Constitución federal. Si se mira, además, á *la base*, al fondo mismo político-social sobre que la Constitución se sustenta, es un *plebiscito* constante, permanentemente abierto y admirablemente atenuado. Pero no es esto lo que más caracteriza á la Constitución de los Estados Unidos. Lo especial, lo propio, viene de su carácter federal, espontáneo y expreso (á diferencia de la de Alemania donde lo federal no ha sido ni tan espontáneo ni tan expreso). Considerada desde este punto de vista, que es desde el que se puede descubrir su gran complejidad, como Constitución política de «varios pueblos que se funden realmente en uno solo, en cuanto á ciertos intereses comunes, y continúan separados respecto de todos los demás» (2), ó bien como forma de «gobierno de una gran nación..... por medio de instituciones locales y de instituciones generales» (3), y se procura relacionarlo con el punto de vista primeramente señalado, desde el cual la Constitución aparece como resul-

(1) Azcárate, *La República norteamericana*, pág. 21.
(2) Tocqueville, *La democratie en Amérique*.
(3) Webster, *Works*, cap. II, pág. 206.

Digitized by Google

tado de un acto imperativo....., nada de exagerado tiene aquel juicio de Gladstone, según el que, la Constitución americana es la obra más admirable que en un tiempo dado han construído expresamente los hombres (1).

Bryce conceptúa, en resumen, la organización de la gran República como un sistema de balanzas y contrapesos: el poder legislativo se contrapone al ejecutivo, y á ambos el judicial, con la facultad especialísima que éste tiene de declarar la *inconstitucionalidad* de las leyes; una de las Cámaras contrapesa á la otra; el Gobierno nacional se contrapone al de los Estados, y dentro de los Estados se reproduce en gran parte el mismo difícil sistema, con la serie también difícil de contrapesos y balanzas; de todo lo cual resulta un equilibrio mecánico cuyo centro de cohesión es el pueblo, y mediante el cual se realiza aquel ideal de vida social y política que Lincoln condensaba en esta hermosa frase: «*Unión indestructible de Estados indestructibles*» (2).

---

(1) *Kin beyond Sea* (*North American Review*). Septiembre 1878.

(2) Un rápido resumen de la historia y desenvolvimiento de la Constitución de los Estados Unidos, puede verse en la obra de Luis Palma, *Le Costituzioni dei popoli liberi*, cap. I. Otro muy interesante en Sterne, *Constitutional History and development of the United States*. Entre las obras recientes, aparte de la de Bryce, debe citarse Claudio Janet, *Les institutions politiques et sociales des Etats Unis*. Carlier, *La Republique Americain* (4 volúmenes). Duque de Noailles, *Cent ans de republique aux Etats Unis*. Gourd, *Les Chartes coloniales et les Constitutions des Etats Unis d'Amérique*. En la obra de Burgess son interesantísimos los capítulos dedicados á esta Constitución. Como monografía especial acerca del Gobierno federal, la de A. Bushnell, *Introduction to the study of Federal Government* (1891). Detalles bibliográficos más completos en el GUÍA.

Digitized by Google

CAPÍTULO V.

EL DERECHO CONSTITUCIONAL EN FRANCIA.

1. Quien quiera que al estudiar el derecho constitucional se proponga considerarlo sólo desde el punto de vista general de la formación histórica y bajo su aspecto político interior, no tendrá necesidad más que de comparar entre sí el constitucionalismo francés y el inglés.

En términos muy rectificables y de un valor que no debe conceptuarse, ni con mucho, como absoluto, puede decirse que la Constitución inglesa es en sus orígenes y en sus transformaciones, en el método y en las formulas que la concretan, aunque no en el aspecto formal y gubernamental, *todo lo contrario* de la francesa ó de las *francesas*.

En efecto: si la Constitución inglesa es predominantemente consuetudinaria, las francesas son siempre escritas, y el derecho constitucional francés de los diferentes períodos es predominantemente *escrito*. Si la inglesa es el resultado de una lenta elaboración histórica, las de Francia son todas obra de un acto determinado, *imperativo*, que dice Boutmy (1). Si la inglesa es *antigua*, las de Francia

(1) Obra citada, pág. 217 y siguientes.

Digitized by Google

son *modernas:* todas provienen de acontecimientos notables próximos. Si la inglesa es *espontánea*, *insistemática*, *orgánica*, las francesas son *reflexivas*, *sistemáticas*, *mecánicas*. Si aquélla se forma y transforma bajo el empuje continuo de la *tradición sagrada*, éstas son el resultado inmediato de una *revolución*, y se transformaron y se reformaron bajo la acción directa de movimientos *revolucionarios*.....

Por eso, sin duda, se puede considerar en junto el derecho constitucional francés, frente al inglés, como un derecho típico, original, obra de un genio distinto, consecuencia de la historia diferente de un pueblo cuyos ideales y cuyas necesidades han sido y aun son completamente diversos. Procede el genio francés, al elaborar sus Constituciones políticas, *à priori*, por amor á la novedad, por atracción de los principios, razonándolo todo, encadenando las afirmaciones fundamentales y sus consecuencias, con lógica y claridad *excesivas*, como quien supone que la vida va á seguir los derroteros marcados de antemano y someterse á determinaciones previas, bien estudiadas. Es el genio francés como un artista que se enamora de su obra. Son las Constituciones primero, y las instituciones luego, el resultado, como advierte Taine (1), de la aplicación del método deductivo del *Contrato social*, á la organización y al gobierno de los Estados.

2. Es de absoluta necesidad para comprender y explicar estos caracteres diferenciales del derecho constitucional francés, y mediante ellos, las afirmaciones fundamentales

(1) *Orígenes de la France contemporaine*, especialmente *La Revolución* y *La conquista jacobina*.

Digitized by Google

que suponen, atender, aunque sea brevemente, á las condiciones que determinan su aparición.

Francia, por su estructura geográfica y por el genio particular de su raza predominante, se ofrece en el transcurso de la historia, como el pueblo más directamente indicado para realizar en todas las manifestaciones de la actividad humana, el principio de la uniformidad, de la cohesión y de la sencillez, que alcanza su más alto grado bajo Luis XIV, y sobre todo bajo Napoleón I. La población de Francia se esparce alegre y viva, con relativa facilidad, por un territorio favorablemente constituído para la ocupación y para el porvenir de un gran pueblo. Así se explica que cuando en otras partes, á pesar de ciertas condiciones favorables, la nación encuentra gravísimos é insuperables obstáculos para rebelarse, y las fuerzas humanas que entran en juego obran como grandes disolventes, Francia, la Francia de la Monarquía, tenga ya una cohesión y una penetración interna grandísimas, al par que una uniformidad exterior muy acentuada.

Lo que esta cohesión, intimidad y uniformidad sociales y políticas, representadas por el monarca absoluto, suponen para la ulterior posibilidad de un arraigo fuerte de las ideas de justicia, de generosidad, de filantropía que promueven el gran cambio revolucionario, de donde procede el mundo moderno, muéstrase en el hecho mismo de la facilidad, con que por doquier en Franaia cunden, se aceptan y se asimilan las ideas filosóficas, abstractas y generales, precursoras de la Revolución (1). Si la Francia del siglo XVIII no fuera una nación constituída monárquica-

(1) Taine, obra citada, especialmente el tomo del *Ancient Regime*.

Digitized by Google

mente, bajo el poder de un rey absoluto, personificación efectiva del Estado, con su sostén territorial fácilmente dominado por un pueblo hecho, en el cual las ideas de subordinación relativa y de una gradación social no existían con la fuerza y arraigo que en Inglaterra, no se concibe que hubieran fructificado en ella los principios igualitarios del *Contrato social*, ni arraigado la Revolución política que fué su consecuencia práctica.

«En Francia, en la época en que la Revolución estallaba, todas las antiguas personas morales (con excepción de las más altas) que ejercían en su grado particular una porción del poder público: nobleza, clero, parlamentos, estados provinciales, magistraturas de las ciudades y de los comunes, salían del antiguo régimen humilladas y desacreditadas, desposeídas ó enervadas. Parecíanse á las ramas que viven sólo por la corteza..... La Revolución las hizo caer por la sacudida más bien que por el hierro. La monarquía, privada de sus ramas mayores, por ella misma aniquiladas á la sombra de su follaje superior, presentábase como un tronco aislado, despojado, desafiando los vientos..... Pero también hubo de ser arrancado á su hora. Así que, en el momento crítico, todo fué necesario plantearlo de nuevo sobre una tierra semovida en todos sentidos, demasiado suelta y en su consecuencia movediza» (1).

Por otra parte, la estructura política de la nación ofrecíase como instrumento mecánico admirablemente construído para realizar el gran movimiento revolucionario. Hoy, afortunadamente, se conoce aquélla muy bien, y el insigne Tocqueville supo demostrar ya de modo irrefutable

(1) Boutmy, obra citada, páginas 220 y 21.

Digitized by Google

que la Revolución, en lugar de destruir la organización antigua, fundada en el criterio práctico de una centralización absorbente, lo que hizo fué aprovecharla, perfeccionándola el genio artístico de Napoleón I y aceptándola luego todas las formas de gobierno por que Francia se rigió ulteriormente (1).

3. Si, prescindiendo ahora de ciertos detalles, procuramos fijar dentro de ese gran cuerpo social, bajo el antiguo régimen aún, los influjos más calificados y específicos, con relación al Estado que va á surgir, ó bien con relación al criterio según el cual la Francia nueva ha de concebir y concibe el Estado y procura organizarlo, pudiéramos condensarlos en los siguientes: En primer término, tenemos la situación misma de la Francia en el siglo pasado, que exigía una reforma radical, teóricamente completa, en el Estado. Las instituciones tradicionales no podían adaptarse de repente al cambio de condiciones sociales que se verificaba á la vista de todos, sin que los mismos gobernantes lo advirtieran ni procuraran aprovecharlo. Este es el influjo que pudiéramos denominar general. Pero hay, además, otros especialísimos, y que forman como el contenido dinámico de la marcha política seguida en aquella gran transformación inevitable, á saber:

1.° El influjo del espíritu neoclásico, literario, artístico, filosófico, social, en suma, con su concepción simétrica, sus reglas inalterables y rigurosas.

---

(1) *L'Ancient Regime et la Revolution.* Desde un punto de vista más general, sociológico pudiéramos decir, hay una argumentación muy sólida, explicativa de la tesis que sostengo, en la preciosa obra de Taine, ya citada.

Digitized by Google

2.° El influjo de la Constitución inglesa, ejercido directamente á través del *Espíritu de las leyes* de Montesquieu.

3.° El influjo poderoso de la escuela abstracta, del sentido igualitario, cuya condensación literaria más admirable se ofrece en el *Contrato social*, de Rousseau; y

4.° El influjo sugestivo del ejemplo que daba por aquel entonces la gran revolución americana.

La demostración real y efectiva de estos influjos en la producción de los caracteres especiales del constitucionalismo francés, exigiría un desarrollo en estas consideraciones que excede con mucho los límites del presente trabajo. Así que he de reducirme á una indicación rapidísima.

La acción del espíritu neoclásico, en la formación de la Francia moderna, sobre todo en sus orígenes, la ha puesto fuera de duda Taine (1). Mucho, en verdad, debe el constitucionalismo francés á las Constituciones americanas; pero debe mucho más á su propia idiosincrasia, admiradora de todo lo ordenado y sistemático, de todo lo que procura una perspectiva elegante y ponderada. Francia procede cuando legisla, cuando *hace* sus Constituciones, con un cuidado escrupuloso, para no desentonar, para conseguir que el todo resulte armonioso, y las partes en él, cada una en su sitio, guardando las debidas proporciones exteriores, según las exigencias del todo mismo.

Los influjos de la Constitución inglesa, á través de Montesquieu y de la teoría igualitaria representada por Rousseau, son más claros y más comprobados y reconocidos que el anterior. Montesquieu y Rousseau fueron por aquellos tiempos preparatorios de la Revolución, los órganos de los

(1) Obra citada, especialmente t. I.

Digitized by Google

sentimientos, de las ideas, de las condiciones intelectuales y morales de la conciencia pública contemporánea. Montesquieu, inspirándose directamente en las enseñanzas que ofrecía Inglaterra, reino reputado libre y feliz, hacía depender en gran parte esta libertad y felicidad, de la manera de ser de la organización política, y señalaba lo característico de ésta en la separación y distinción adecuadas de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial. Cuando estos poderes, dice, están reunidos en la misma persona ó en el mismo cuerpo de magistrados, no hay libertad, porque «es una observación eterna que todo hombre que tiene un poder siéntese impulsado á abusar de él, yendo hasta donde encuentra sus límites. Ahora bien; para que no se pueda abusar del poder, se necesita que por las mismas disposiciones de las cosas el poder contenga al poder» (1). Cómo pasa esta doctrina del constitucionalismo inglés á las instituciones de Francia, muéstralo de pronto la *Declaración de derechos* de 26 de Agosto de 1789, cuando dice: «Toda sociedad en la cual la garantía de los Derechos no está asegurada ni la *separación de los poderes determinada*, no tiene Constitución.» Además, quien quiera que haya leído las Constituciones escritas que se da la Francia, bien visto y comprobado tendrá cómo arraiga en el constitucionalismo francés, al igual que en el americano, ese dogma político formulado en el *Espíritu de las leyes*.

En cuanto á Rousseau, como advierte Dupriez (2) «era en 1789 el más grande de los doctores en política de Francia»; sus paradojas y sus afirmaciones atrevidas encontra-

(1) *Espíritu de las leyes*.
(2) *Les Ministres*, etc., t. II, pág. 254.

Digitized by Google

ban en aquella sociedad laica, trabajada por el espíritu independiente y despreocupado de Voltaire, de Diderot y de la *Enciclopedia*, infinidad de partidarios convencidos y entusiastas. La *Declaración de derechos* traduce en fórmulas concretas algunos de los más importantes capítulos del *Contrato social*. Basta leer á Taine para convencerse de una vez para siempre de que la Revolución francesa es el *contrato social en acción*. El juramento del juego de pelota representa á su modo la escena del pacto rousseauniano» (1). Pero de todas las ideas abstractas vertidas por el autor del *Emilio*, aquella que se infiltra en el genio político de la Francia y arraiga en él de una manera profunda, hasta constituir con el dogma de la división de los poderes, una de sus bases inconmovibles, es la del valor dado á la *voluntad general*, como expresión del poder soberano, como fuente perenne de la ley. Sieyés lo dice: «La única definición razonable que de la ley puede darse, es que consiste en *la expresión de la voluntad de los gobernados*.»

Los resultados ó consecuencias que para la concepción y organización del Estado, tiene esta idea de Rousseau, son incalculables. De ella proviene, sin duda, la consideración de la Constitución política como manifestación de la voluntad popular, que por acto imperativo y libre se da á sí propia la norma de vida. Uno de los caracteres originales del constitucionalismo francés, á saber, que las Constituciones son obra expresa del legislador (sea quien fuera éste), encuentra en la doctrina de Rousseau el precedente más directo é inmediato. Esto aparte del influjo general ejercido por el procedimiento empleado por Rousseau (procedi-

(1) Idea esta de Taine.

Digitized by Google

miento deductivo *á priori*), para sentar sus conclusiones y razonar su teoría; es el mismo procedimiento empleado por los que en Francia formulan como fundamento del Estado constitucional del porvenir, la famosa *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano.*

Por último, debemos decir algunas palabras tocante al influjo americano. Se ha notado éste al hablar de la génesis y aparición de la idea de la Constitución escrita (cap. II del libro I). Borgeaud (1) lo señala de una manera que juzgo muy adecuada, y que me parece muy oportuno trasladar aquí. Cuando hacia 1779 Adams venía á Francia con el objeto de realizar una misión acerca de Luis XVI, y á fin de someter á los amigos de su patria «el proyecto de Constitución presentado á sus conciudadanos, la libertad americana entusiasmaba á París y á todo el reino». Franklin acababa de sustituir á Voltaire en el favor del público..... Realmente los principios proclamados en los Estados Unidos, respondían á las aspiraciones que en Francia habían hecho nacer las experiencias de su historia y el progreso de su filosofía..... «En 1783, Franklin, que vivía en Passy, hacía traducir y publicar una recopilación, que pronto se hizo célebre, de las Constituciones todas de su país. En los salones, en los clubs, en la corte, en las ciudades, en las provincias, se las discutía apasionadamente.» Por aquel entonces no surge tan potente la admiración por la Constitución inglesa, con su evolución del derecho tradicional..... La nobleza misma se afiliaba al lado de los Lafayette, de los Noailles y de los Lameth. «En 1787 llega el proyecto de Constitución fede-

(1) Obra citada, vol. I, cap. , *La idea americana en Francia*, páginas 27 á 31.

Digitized by Google

ral, y con él un nuevo alimento para las disertaciones de la filosofía y para las discusiones de todos..... ¿Extrañará á nadie en vista de esto, que las ideas americanas hayan desempeñado un papel inmenso en la redacción de los *cahiers* de 1789? Los de la nobleza y del clero admitían en general que Francia poseía, al reunirse los *Estados generales*, una Constitución monárquica, hereditaria con los tres órdenes. Pero los del *Tercer Estado*, que no es *nada*, y que va á serlo *todo* (1), reclaman casi unánimemente que la Asamblea que se quiere reunir, adopte ante todo una declaración de derechos y fije las bases de una Constitución escrita (2). Lo que se pide por los representantes de dicho Tercer Estado, es una Constitución, es decir, una ley fundamental, hecha por la nación misma, destinada á proteger al Estado contra los abusos de la autoridad. «Sieyés se ha creído el inventor de esta concepción (3), pero Lafayette ha reclamado en pro de América contra esta pretensión, tan poco conforme con la historia» (4).

4. Considerado en síntesis, el resultado de estos diferentes influjos es que la Francia moderna se edifica sobre cimientos antiguos, según el impulso de las nuevas ideas. El criterio político que surge es el del plebiscito, que supone la uniformidad antigua, que implica la vida de una nación cons-

---

(1) La frase de Sieyés «el tercer Estado no es *nada*, quiere ser algo, debe serlo *todo*.»

(2) Ver el contenido de muchos de estos *cahiers* en el *Traité de droit politique, electoral et parlamentaire* de E. Pierre (1893), pág. 1.

(3) *Discurso sobre el proyecto de Constitución del año III*, *Moniteur del 7 Thermidor* (25 Julio 1795).

(4) *Memoires*, t. IV, pág. 36, citado por Borgeaud. Obra citada, página 29.

Digitized by Google

tituída por un sólo pueblo, formado por una gran suma de individuos, antes bajo el imperio del poder absoluto, hoy siendo ella misma la depositaria del poder absoluto. Al realizarse la revolución, dice Boutmy (1), «el único ser colectivo que queda en pie es el pueblo entero», quien debió crear, por los procedimientos aprendidos de Rousseau, todas las nuevas autoridades, el Estado, en una palabra, y quien al hacerlo y considerarse con capacidad para ello, y no teniendo los frenos que en los Estados Unidos suponen el influjo de la tradición inglesa y la forma federal de la Constitución de la Unión, inicia la época de los cambios políticos bruscos, preparados reflexivamente y formulados en Constituciones reputadas siempre, cada una en su día, como la mejor y como la definitiva.

5. Veamos ya de qué modo se comprueban en el curso de la historia los caracteres que vamos señalando al derecho constitucional francés, para ver luego cómo se reflejan en la variedad periódica de sus fuentes.

A diferencia del inglés, y todavía de un modo más terminante que el americano, y tan terminante como el español, el derecho constitucional tuvo en Francia un punto de partida perfectamente determinado y exacto. ¿Quién puede poner en duda que las fechas de 1789-91, ó mejor, que la obra de los *Estados generales y de la Constituyente*, significa un momento inicial de un régimen nuevo, del régimen constitucional moderno, no sólo en Francia, sino en todo el Continente? «Hubo un día en la historia, en que Francia no ha sido más que una masa única y homo-

(1) Obra citada, pág. 221.

Digitized by Google

génea» (1). Ese día fué el de la gran Revolución, fué el día en que se afirmó la muchedumbre como pueblo soberano, abriendo real y verdaderamente el período constituyente é iniciando ese derecho del Estado, nuevo en sus premisas y nuevo en sus conclusiones.

Examinando un jurisconsulto francés los principios fundamentales en que en definitiva descansa el derecho constitucional de la Francia moderna, consigna tres, «como establecidos por la Revolución y consagrados por todos los régimenes que desde 1789 han buscado la fuente de la legitimidad en la soberanía nacional, á saber:

»1.° La Francia debe tener una Constitución escrita, claramente diferenciada de las leyes ordinarias.

»2.° Esta Constitución no puede emanar más que de un poder constituyente, superior á los poderes constituídos, y

»3.° El poder constituyente pertenece al pueblo» (2).

La historia de Francia de fines del siglo pasado y de todo el presente siglo, viene á ser una lucha por el imperio de esos tres principios, que se ofrecen ya afirmados los tres, ya limitado y negado alguno, ya combinados de diverso modo, en la serie de etapas políticas por que ha atravesado hasta el día. Precisamente, como inmediatamente se ha de ver, de esas combinaciones, de esas acciones y reacciones en pro y en contra de los principios anunciados, han nacido las diversas formas políticas de las Constituciones francesas, como códigos fundamentales, como cartas otorgadas, como pactos, etc., etc.

---

(1) Boutmy, obra citada, pág. 223.

(2) Véase Borgeaud, obra citada, páginas 296 y 97.

Digitized by Google

6. Pero pasemos ya á exponer el desenvolvimiento histórico de este derecho constitucional (1).

El primer acto inicial, ya lo hemos indicado, fué la Declaración de los derechos del hombre, de Agosto de 1789, á la cual siguieron hasta siete decretos, que son el fondo y la sustancia de la primera Constitución francesa de 1791. A partir de aquí, Francia no deja ya nunca de tener su Constitución; puede decirse que todas sus políticas se han concretado en una fórmula constitucional expresa, según los diferentes períodos que tal nación ha recorrido. Por de pronto, en esta primera etapa, que comprende los grandes movimientos revolucionarios, desde 1789 al primer Imperio, y que va de la abolición de la Monarquía, por la primer República al primer Imperio, cuenta Francia: 1.°, con la Constitución citada, obra de los Estados generales de la Constituyente, y modelo de otras Constituciones europeas; 2.°, con la de 1793, obra de la Convención (consta de 144 artículos), y 3.°, con la de 1795 (año III, que consta de 377 artículos). Las dos primeras apenas si fueron derecho positivo vigente, y la tercera, más completa, fué la destinada á sufrir los embates que prepararon y establecieron el Imperio. En efecto, violada en tres distintas fechas (18 Fructidor del año V, 22 Floreal del año VI, y 30 Prairial del año VII) desaparece definitivamente el 18 Brumario del año VIII (9 de Noviembre de 1799), fecha esta última que cierra el primer ciclo constitucional, en el cual

(1) Véase Faustin Helie, *Les Constitutions de la France.* Palma, *La Costituzioni dei popoli liberi*, páginas 59 á 104. E. Pierre, *Traité de droit politique, electorale et parlamentaire*, Borgeaud, obra citada, III, lib. II, *Francia.* Bibliografía más completa en el GUÍA.

Digitized by Google

se afirman poderosamente los tres principios señalados antes, como fundamentales. Basta tener en cuenta, en primer lugar, que ni por un momento se pasa ya sin Constitución escrita por completo, y que por dos veces se somete la Constitución á la aprobación plebiscitaria (1), es decir, al voto del pueblo que se conceptúa soberano. «La Convención dice Borgeaud, declaró expresamente que sólo las asambleas primarias, eran competentes para sancionar su obra» (2).

El Consulado primero, y el Imperio más tarde, llenan todo el segundo período de esta historia constitucional. El Consulado inició formalmente un nuevo estado del derecho político, que entraña el reconocimiento de los tres principios fundamentales, pero aplicados de modo muy distinto á como se aplicaran en el período anterior. El Cónsul, primero, luego Emperador, se considera como el gran delegado del pueblo, depositario actual de su poder. Al pueblo es preciso acudir contra él, porque sólo ante él es el César responsable. Según esto, el Imperio no niega expresamente la soberanía popular, lo que hace es explotarla y dirigirla según las conveniencias particulares del César. No surgió, sin embargo al pronto, el Imperio con todas sus consecuencias. Bonaparte empezó aceptando las premisas del régimen en vigor, y preparando, con la ayuda del fecundo Sieyés, la Constitución del año VIII (1799), en la cual se le designaba como primer Cónsul por diez años. La Consti-

(1) Los resultados de estos plebiscitos, más ó menos libres en sus manifestaciones, fueron los siguientes: para la Constitución de 1793, 1.801,918 votos la aceptaron, contra 11.610 que dijeron *no*. La de 1795, fué aceptada por 1.057 390 votos contra 49.977.

(2) Obra citada, pág. 297.

Digitized by Google

tución se sometió al plebiscito, que dió su aprobación (1). Del Consulado temporal se pasó por otro plebiscito al Consulado de por vida, cambiando radicalmente, á partir de aquí, las condiciones políticas, merced á las facultades que el Senado va poco á poco atribuyéndose, sobre todo, merced á las contenidas en el Senado-Consulto del 16 termidor del año x (4 de Agosto de 1802). El citado cuerpo se reservaba en él el derecho de «regular todo lo que no estando previsto por la Constitución, fuera necesario para su marcha», y el de interpretarla. Naturalmente, todas las facultades las ejercía de hecho Napoleón mismo, y así ocurrió que mediante ellas, pocos años después, en 1804, se llegó al Imperio hereditario con el Senado-Consulto del año XII, hecho del modo verdaderamente extraño que vamos á ver. «Por una interpretación, amplísima, de cierto artículo de la Constitución del año VIII (el 29), el Tribunado emitió su opinión favorable; 1.°, á la proclamación de Napoleón Bonaparte, primer Cónsul, como Emperador; 2.°, á la sucesión hereditaria en esta dignidad en su familia» (2). Transmitida esta aspiración al Senado fué tomada en consideración.... y un Consejo designado por el mismo Bonaparte, redactó el proyecto de la Constitución citada del año XII, que á poco fué sometido al pueblo y aceptado por éste (3). La Constitución del año XII duró diez años, si bien es preciso señalar en este período hasta tres Senado-Consultos que la reformaron: uno

(1) El resultado del plebiscito fué de 3.011.007 votos favorables y 1.562 en contra.

(2) Véase Eugenio Pierre, obra citada, pág. 5.

(3) El resultado del plebiscito á que nos referimos fué el siguiente: 3.521.675 sufragio, se adhirieron á la Constitución, de 3.584.254 votantes.

Digitized by Google

de 1807, suprimiendo el Tribunado, y dos del año 1813, relativos á la Regencia y al Cuerpo legislativo.

El año 1814 es una de las fechas más culminantes en la historia general de Europa, y sobre todo de Francia. El Imperio napoleónico quedó destruído, y Europa se reorganizó sin la pesadilla del gran guerrero del siglo, mientras Francia procuraba inútilmente restaurar las antiguas instituciones. Manifiéstase el influjo de este acontecimiento culminantísimo en el desenvolvimiento del derecho constitucional, cerrando el ciclo *imperial* é iniciando el período de la *restauración*. El Senado, la institución misma que en 1804 creaba el Imperio, usando de aquellas facultades que un día usara para crearlo, declaró en 3 de Abril de 1814, que «las leyes constitucionales habían sido violadas por Napoleón», que «el monarca no existe sino en virtud de la Constitución ó del pacto social», y que, en su consecuencia, «Napoleón Bonaparte era destronado, quedando abolido el derecho hereditario en su familia». Al propio tiempo, el Senado preparaba también una Constitución en la que se llamaba al trono al hermano de Luis XVI (6 de Abril de 1814). «El candidato al trono—dice oportunamente Eugenio Pierre—se consideraba ya como rey, pero obrando como hábil político, simulaba aceptar la Constitución» (1), á la vez que dirigía á sus redactores varias observaciones conteniendo *ligeros* reparos que le parecía necesario oponer á la misma, reparos que al fin dieron margen á la llamada *Carta*, es decir, á una Constitución, obra personal del Rey, que éste *otorga*, y que las Cámaras reciben, limitándose á aceptarla. El comienzo de este pe-

(1) Obra citada, páginas 5 y 6.

Digitized by Google

ríodo hállase, como es sabido, interrumpido por la restauración súbita del Imperio (*los cien días*), y en el orden constitucional por el intento de Napoleón de promulgar nueva Constitución hecha por él, con la colaboración de Benjamín Constant, y sometida luego al plebiscito, como acta adicional ó suplementaria de la Constitución del Imperio (1). Mas sobrevino Waterlóo, y Luis XVIII volvió á ser llamado al trono de Francia, cayendo Napoleón I de modo ya definitivo.

El Rey, aleccionado entonces por los acontecimientos últimos procuró dar satisfación al pueblo, rectificando su primera doctrina, según la cual «la autoridad toda entera reside en Francia en la persona del Rey», y así, después de haber restablecido la *Carta*, prometió modificarla, conforme al deseo bien conocido de la nación, y someterla á la revisión del poder legislativo en las reuniones inmediatas. Pero tales promesas no pasaron de ahí, por lo que todo el período de la restauración legitimista es el período de negación de dos de los principios fundamentales del derecho político: los relativos al poder y á la soberanía, salvándose sólo el principio de la necesidad de una Constitución escrita, si bien con el carácter limitadísimo de *Carta otorgada* «voluntariamente y por el libre ejercicio» (2) de la autoridad real.

En 1830, la revolución de Julio concluyó con el régimen absoluto de la Carta, é inauguró un nuevo régimen que

---

(1) Este plebiscito dió como resultado: 1.288.357 *sí*, contra 4.027 *no*, en la población civil. En el ejército obtuvo el acta 222.000 *sí*, contra 320 *no*; y en la marina 22.000 *sí*, contra 175 *no*.

(2) Palabras de la fórmula de promulgación de la *Carta*.

Digitized by Google

tiene todos los caracteres de un nuevo régimen constitucional transitorio. Es este el de la Monarquía *liberal* de los Orleans, en donde se generan y aplican, con todas sus consecuencias, los principios del llamado *doctrinarismo*. La Constitución de 1830, resultado de la revisión de la Carta por la Cámara de Diputados y aceptada por el Rey, entraña una nueva fórmula política, según la cual la Constitución escrita es un pacto entre el Rey y el pueblo. Uno de los hombres más ilustres de aquella época ha explicado perfectamente la significación de esta fórmula constitucional. «Llevados—dice Guizot—por la violencia á romper violentamente con la rama primogénita de nuestra casa real, llamamos á la rama menor para mantener la Monarquía, defendiendo nuestras libertades. No elegimos un rey; *tratamos* con un príncipe que encontramos al lado de nuestro trono, y el único que podía, subiendo á él, garantir nuestro derecho público y garantirnos contra las revoluciones» (1).

No es del caso investigar aquí todos los supuestos en que se funda esta *nueva* forma de la Monarquía en combinación con los principios revolucionarios. Bástanos recordar que es el régimen de las componendas, de la coparticipación en el ejercicio de la soberanía del Rey, representante de la tradición y de la nación representada por las Cámaras....., es el régimen de la balanza de los poderes, del sistema de las desconfianzas, del formalismo rígido, del mecanismo abstracto, de la facundia teórica y de la esterilidad práctica, que por caminos intrincados lleva al fin al divor-

(1) Guizot, *Memoires pour servir à l'histoire de mon temps* (1859), t. II, páginas 20 y siguientes.

Digitized by Google

cio más completo entre el *país legal* y el *país verdadero*, acabando por despreciar soberanamente el imperio de los principios puros (1), y por vivír al día como las circunstancias del momento lo permitiesen.

La revolución de 1848 abre otro nuevo período de corta duración por cierto, porque apenas empieza á producir aquélla sus frutos, cuando sobrevienen los acontecimientos que provocan el segundo Imperio. El movimiento revolucionario á que aludimos, al destruir nuevamente en Francia la Monarquía, bajo la forma atenuada del doctrinarismo, entraña la vuelta á los principios fundamentales del derecho político francés, originado en 1789-91. Por de pronto, el Gobierno provisional, que en los primeros momentos se instaló, proclamó la forma republicana provisionalmente, á reserva de que el pueblo decidiese con su voto. No se fué entonces al plebiscito directo, pero se hizo al pueblo hablar y decidir, mediante la reunión de una Asamblea nacional elegida por sufragio universal y con el carácter indudable de Asamblea constituyente. Esta Asamblea votó por aclamación la forma republicana (4 de Mayo de 1848), y luego una Constitución de 146 artículos (14 de Noviembre de 1848), que puede clasificarse entre las que se conceptúan como *códigos fundamentales* que el pueblo se da á sí propio.

El régimen así establecido duró sólo tres años. La Asamblea nacional ordinaria fué disuelta violentamente por Luis Napoleón el 2 de Diciembre de 1851. Al golpe de Estado siguió muy pronto la elevación del príncipe Presi-

(1) Véase Giner, *La política antigua y la política nueva* en los *Estudios jurídicos y políticos*.

Digitized by Google

dente á Emperador, y con esto la inauguración del segundo Imperio y la apertura de un nuevo período constitucional. Napoleón III, en efecto, procuró recabar para sí los poderes que Napoleón I lograra. Salvando las apariencias democráticas con el plebiscito, recabó de éste en circunstancias extraordinarias, cuando no había verdadera libertad electoral (1), «los poderes necesarios para establecer una Constitución sobre las bases propuestas por él, por Napoleón, en la proclama del 2 de Diciembre» (2). La Constitución no se hizo esperar. Una comisión de cinco miembros, nombrada por el Presidente, la redactó en seguida, siendo promulgada el 14 de Enero de 1852 (consta de 59 artículos). En ella se va mucho más allá de lo que la proclama aludida indicaba; concéntranse los poderes todos en el Presidente, que á muy poca costa y por medio del Senado Consulto de 7 de Noviembre de 1852, ratificado por un plebiscito, se encontró con la dignidad imperial hereditaria. Lo característico de esta reforma, constitucionalmente hablando, es la salvedad establecida en el art. 32 de la Constitución, y por la que expresamente se viene á reconocer, como principio fundamental del derecho político, la apelación directa al pueblo.

La Constitución imperial duró diez y ocho años, en el curso de los cuales se hicieron hasta catorce reformas de carácter político que vinieron á completar, y por último (1869-70) á cambiar la ley fundamental de 1852, en el sen-

---

(1) Véase Faustin Helie, obra citada, pág. 1167. Borgeaud, obra citada, pág. 287.

(2) Siete millones cuatrocientos mil votos contra seiscientos cuarenta, ratificaron el plebiscito indicado.

Digitized by Google

tido del establecimiento del sistema imperial parlamentario. Puede verse esta última tendencia formulada especialmente en el Senado-Consulto de 21 de Mayo de 1870, fijando la Constitución del Imperio.

Cuál fué la suerte de éste intento napoleónico, tan parecido al realizado por Napoleón I en el período de los cien días, bien conocida es de todos. Pocos meses más tarde de la fecha del intento, verificóse la invasión alemana, y al recibirse la noticia del desastre de Sedán, la República se proclamó de nuevo en París (4 de Septiembre de 1870).

Pero con estos acontecimientos entramos ya en un período, que en rigor no puede considerarse dentro del desenvolvimiento histórico del derecho constitucional, sino más bien como aquel en que se elabora la parte más importante del derecho constitucional actual.

7. He aquí precisamente uno de los caracteres más señalados y propios del constitucionalismo francés: la posibilidad de determinar los puntos iniciales de cada régimen y los cambios radicales en la parte formal orgánica del Estado. Toda la historia que en breves páginas acaba de ser expuesta, muestra de un modo irrefutable lo que decimos. Francia ha tenido clara y específicamente definidos: una república, un imperio, una restauración legitimista, una monarquía liberal doctrinaria, una república democrática, un nuevo imperio cesarista, un intento de imperio parlamentario. Cada una de estas formas de gobierno del Estado han tenido su punto de partida culminante y su fórmula constitucional escrita. El tratadista de derecho político, en cualquiera de los períodos enumerados, se encuentra con grandes facilidades para fijar el momento en que el régimen que estudia pudo iniciarse. Ahora bien: con

Digitized by Google

iguales facilidades nos encontramos nosotros para determinar el punto de partida del actual estado de derecho constitucional francés. No es que todo él haya sido obra de un momento determinado; pues aun á pesar de la forma brusca de los cambios políticos, el derecho constitucional francés hállase naturalmente sujeto á la ley de la continuidad histórica. Pero, sin llegar á tales extremos, no puede ponerse en duda que el régimen actual, con sus *leyes* constitucionales, con sus formas al principio equívocas, según muchos, transitorias, tiene el momento inicial en los resultados y consecuencias de la guerra franco-prusiana, y es obra, hasta donde esto puede decirse, de la Asamblea nacional de 1875, obra luego modificada, adaptada, reconstruída lentamente durante todo el período de tiempo que va desde la fecha citada hasta el momento presente, en que parece consolidada la forma republicana.

8. Si ahora procuramos determinar concretamente, según los supuestos indicados, respecto del punto de partida del derecho constitucional, las fuentes del vigente, al pronto parece como que todo él está contenido en las leyes constitucionales de 1875 que luego examinaremos. Pero, si bien la parte *orgánica* del Estado nacional tiene en esas leyes sus normas fundamentales, y si bien es cierto que éstas leyes, dictadas en circunstancias excepcionales, dieron margen á la forma originalísima de la República parlamentaria, también lo es que la inteligencia de este derecho constitucional escrito, requiere previas explicaciones é importantes complementos, así como requiere ser examinado en la actualidad con ciertas precauciones.

Por de pronto, se observará que estas *leyes* constitucionales no afectan exteriormente, en cuanto á su estructura

Digitized by Google

arquitectónica, la forma clásica, francesa y americana, del *Código*, con sus partes dogmática y orgánica, su división en títulos ó secciones y artículos, su trabazón interna, su sistema, en suma. La Constitución vigente en Francia no es, jurídicamente, una Constitución codificada, sino una reunión de leyes distintas (1). Pero tiene esto su explicación. Las circunstancias en que la fórmula constitucional vigente se elabora y redacta, no eran las más adecuadas para pensar en hacer una Constitución con pretensiones de perfecta, ni de permanente. La Asamblea nacional de 1871, vacilante, desorientada al principio, tardó cuatro años en llegar á entenderse para acordar la organización del Estado, y cuando llegó la fórmula aceptada, conceptuábase como provisional. Lo cual se comprende con sólo tener presente que la mayoría deseaba la restauración monárquica, y sólo por imposibilidad material del momento dificilísimo, aceptó la República, al tratar de organizar los poderes públicos. «En tales condiciones, dice á este propósito Borgeaud, con una mayoría decidida á realizar una obra provisional, de carácter anónimo, las dificultades que la Asamblea hubo de vencer, para producir las leyes de 1875, no puede sorprender á nadie. Sabido es cómo la República forzó la entrada de la Constitución, y cómo fué tolerada, más bien que establecida, por un voto de mayoría. La famosa enmienda de Wallon, que llamaba *Presidente de la República* al jefe del poder ejecutivo, fué adoptada por 353 votos contra 352.» (2) Á esa misma idea del carácter

(1) Faustin Helie, obra citada. Pierre, obra citada. Devin, *Commentaires de la Constitution de* 1875. Bard y Robiquet, *La Constitution française de* 1875, *étudié dans ses rapports avec les constitutions étrangers* (1877).

(2) Obra citada, pág. 298.

Digitized by Google

provisional de la organización de 1875, responde el procedimiento de reforma constitucional, que no exige ni la apelación al pueblo, ni la llamada especial de una Asamblea constituyente, como ya vimos (cap. v. lib. 1). Creíase que de ese modo se facilitaba una restauración monárquica por las vías legales.

Por otra parte, aunque sean reunidas y relacionadas las leyes de 1875, no contienen sino la parte orgánica de la Constitución. La declaración de derechos no figura en ellas. La Asamblea de Versalles no se ocupó en confirmarla por ninguno de sus decretos.

Ahora bien; lo mismo á causa de las primeras observaciones relativas á las circunstancias extraordinarias en que las leyes de 1875 se elaboran, que á causa de estas deficiencias últimamente anotadas, la determinación de las fuentes entraña, además de las observaciones hechas, la necesidad de tomar ciertas precauciones. Es preciso no dejarse llevar por las apariencias. Por más que actualmente Francia no tiene una Constitución ordenada, encajan sus fórmulas y se acomoda su espíritu tan espontáneamente á la ordenación sistemática que la Constitución supone, que fácilmente se puede *idear* mentalmente el Código político, que sin duda existe, aunque no esté expresa y solemnemente redactado. De tal Código político *ideal* son elementos fundamentales: 1.° La *Declaración de derechos*, pues aun cuando no figura inscrita en las leyes constitucionales de 1875, son sus principios tan esenciales en el derecho constitucional francés, «que penetran por toda la legislación, dominando en la vida pública, hasta el punto de que puede decirse imperan á diario en la discusión, además de citarse constantemente en la tribuna de la Cámara de Diputados y de

Digitized by Google

invocarse ante los jueces» (1). 2.° Las tres leyes *constitucionales*, «cortas, poco metódicas é incompletas» (2), de 25 de Febrero de 1875, relativa á la organización de los poderes públicos; de 24 de Febrero del mismo año, relativa á la organización del Senado, y de 16 de Julio, también del mismo año, referente á las relaciones de los poderes públicos, con más las reformas de 19 y 21 de Junio de 1879, trasladando á París la residencia del Gobierno, y de 13 y 14 de Agosto de 1884, considerando como de ley ordinaria la reforma del Senado, y proclamando la irrevocabilidad de la forma republicana, sin duda como rectificación de la desconfianza hacia la misma, manifestada en 1875. Y 3.° Otras leyes dictadas con el carácter de orgánicas, de las cuales algunas son consideradas á veces como formando parte de la Constitución en sentido estricto (3), conceptuándose otras como meras leyes políticas sin los caracteres especiales de solemnidad y formalidad que exige la ley constitucional. Merece en este punto mención especial la ley de 10 de Agosto de 1871, sobre organización de los Consejos generales, y la de 2 de Agosto y 30 de Noviembre de 1875, sobre elección de senadores y diputados. Esto aparte de las leyes tocante á la organización de la función electoral, distribución territorial á este efecto, y al ejercicio de ciertos derechos de la personalidad, con más los reglamentos interiores de las Cámaras y las prácticas de éstas en el desempeño de la función parlamentaria.

---

(1) Borgeaud, obra citada, páginas 239 y 240.

(2) Dupriez, obra citada, t. II, pág. 325.

(3) Dareste, en su colección de Constituciones, dice que la francesa la forman las cinco leyes que llevan la fecha de 1875.

Digitized by Google

Pero no basta esto solo. En esta Francia, tan amante del derecho escrito y de la Constitución abstracta, puede señalarse ya cierto espíritu de continuidad consuetudinaria, que ha sabido dar vida con las leyes citadas de 1875 al régimen actual con sus *convenciones* y usos especiales, y su fácil adaptabilidad á las circunstancias ambientes. Ese régimen es la *República parlamentaria*, ó sea la República con casi todos los resortes de la Monarquía, pero debilitados lo necesario para responder á las exigencias del espíritu democrático de los modernos tiempos. La Constitución francesa, reconstruída así, mentalmente, como un gran Código político, que el legislador no se tomó el trabajo de redactar y ordenar, primero en 1875, porque no pudo, y luego porque no lo creyó necesario, contiene, con los elementos de derecho escrito, las interpretaciones que poco á poco se les ha ido dando á los documentos iniciales, en virtud de la práctica constante de las instituciones creadas en el período constituyente. Mirada hoy en conjunto la organización política de Francia, no es ya la de 1875. Ahora bien; el cambio no se ha verificado por las dos reformas constitucionales de 1875 y 1884; el cambio proviene del natural desarrollo de las instituciones políticas, del movimiento mismo de éstas, del influjo natural del espíritu con que las leyes se han aplicado por hombres cada vez más convencidos de la necesidad de aceptar y practicar sinceramente un régimen que, si al principio se consideró como transitorio, al fin, y quizá por esto mismo, parece que ha llegado á conceptuarse como un régimen tan permanente como cualquiera de los que permanentes se reputan en los Estados modernos, y hasta donde un régimen político puede serlo, sobre todo en los actuales tiempos, en que el influjo del socialismo

Digitized by Google

inicia ciertas tendencias políticas que acaso no se vean satisfechas en el derecho constitucional.

Sin duda, no quiere esto decir que Francia haya variado tan en absoluto que con la tercera República se deba conceptuar terminada la serie de sus períodos ó ciclos políticos radicalmente distintos. Hay elementos muy importantes y de gran fuerza en la política francesa que anhelan la apertura del período constituyente para modificar todo lo modificable en las instituciones del país; pero no puedo tratar aquí de este punto que sale de los límites de mi propósito. Sólo, sí, advertiré que esos elementos representan la tradición más pura (lo cual no quiere decir que sea la más aceptable ni la mejor) de la política constitucional de Francia en la aplicación de los principios fundamentales que de la Revolución se originan, y que si se quiere caracterizar adecuadamente el actual modo de ser del Estado de la nación citada, es necesario no prescindir de lo que tales elementos y sus aspiraciones significan.

9. En efecto; aun cuando el régimen legal vigente en Francia presenta ciertas exterioridades que modifican la forma acostumbrada de proceder en las transformaciones políticas, conviene tener en cuenta que esto no obsta para que en el fondo siga siendo el derecho de tal régimen el tipo del derecho constitucional abstracto y razonado por excelencia. Los franceses son en verdad todavía los partidarios en política de la posibilidad de las revisiones totales ó parciales de la Constitución; los que más creen en la eficacia de las declaraciones legales solemnes (1); los que aun

(1) Por ejemplo, la declaración del art. 8.° de la Reforma de 1884, según la cual la forma republicana *no puede* modificarse.

Digitized by Google

piensan en que puede cambiar la vida social con cambiar el articulado de la Constitución escrita. Podrían citarse en comprobación de esto los términos en que los publicistas trataban poco há de los vicios y de los *remedos* del parlamentarismo, y los términos en que se expresan cuantos piden la revisión constitucional. Sin duda existe una gran fuerza y una gran tendencia hacia la normalidad y la estabilidad políticas, fundadas en un como acuerdo tácito favorable á las instituciones vigentes; pero siempre queda perenne y firme el supuesto de que la Constitución es y será obra de la voluntad general expresada por medio del sufragio universal.

Y tiene esto un alcance muy particular en Francia, como se verá á su tiempo. Precisamente en ella, es decir, en la interpretación que de esta idea abstracta de las fuentes del Derecho político cabe hacer en Francia, nace, no sólo la diferencia del derecho constitucional francés y del inglés, según hemos notado, sino también entre el francés y el norteamericano. En efecto; la República americana es un *Estado de Estados*, y por tanto, el Gobierno nacional no tiene en frente la mera unión de los individuos armados con el poder del sufragio, sino unas cuantas soberanías colectivas, celosas de su autonomía, mientras en Francia vive vida política en sentido estricto el Estado nacional tan sólo, que tiene subordinadas, por el tradicional espíritu de centralización, las colectividades territoriales inferiores. Ahora bien; esto hace que los movimientos políticos sean en Francia mucho más rápidos y de mayor alcance que en los Estados Unidos, aun teniendo tantos puntos de analogía en el criterio político fundamental, y esto hace también que el Estado centralizado republicano parlamentario fran-

Digitized by Google

cés, si se parece al Estado federal republicano presidencial americano en lo que tiene de republicano, en el concepto relativo á la soberanía popular y en la idea que del instrumento constitucional se tiene como acto imperativo del pueblo ó de una Asamblea, se diferencia de él precisamente en mucho de los respectos en que las instituciones norteamericanas se parecen á las inglesas, esto es, en todo aquello que se quiere expresar con la frase intraducible de *Self-government*, ó sistema de la autonomía, y en la importancia distinta que se da al precedente constitucional. Por otra parte, y por las mismas razones, la Constitución francesa, que tiene analogías muy interesantes con la inglesa, en cuanto ambas implican el régimen parlamentario, republicano una y monárquico la otra, se diferencian en muchos de los respectos en que hemos visto que hay analogía entre la inglesa y la norteamericana, y sobre todo, en aquellos puntos esencialísimos relativos al criterio fundamental, para interpretar el valor de las fuentes del derecho constitucional en todo tiempo.

Pero de estas analogías y diferencias no es oportuno hablar aún. Basten las indicadas, que creo necesario recordar, á fin de caracterizar sintéticamente la legislación constitucional de Francia.

Digitized by Google

CAPITULO VI.

LA CONSTITUCIÓN ALEMANA.

1. La Constitución que ahora paso á examinar, con el fin de estudiar respecto de ella análogos problemas á los que en capítulos anteriores quedan estudiados con respecto á otras Constituciones, ofrece gravísimas dificultades. No surgen, en verdad, éstas del lado histórico al tratar de la determinación de los puntos de partida, tanto de todo el derecho constitucional, cuanto del derecho actual tan sólo, ni tampoco son las mayores, las que es preciso vencer para señalar los documentos en que legal y expresamente se contiene el derecho constitucional vigente en Alemania. Las dificultades más serias surgen aquí: 1.°, al tratar de determinar los caracteres propios de la Constitución de Alemania, ya atendiendo á su estructura como Constitución del Estado nacional, ya atendiendo á la forma de Gobierno, y 2.°, al fijar su acción propia, su esfera, como Constitución imperial federativa en relación con las de las Constituciones particulares de los diferentes Estados. Baste tener en cuenta que nos encontramos ante una de las obras más importantes de la arquitectura política moderna, al par que de las más complejas é intrincadas (1).

(1) Palma, obra citada, pág. 287.

Digitized by Google

Hay, sin duda, multitud de motivos para explicar las aludidas dificultades, así como la forma política especialísima (compleja é intrincada) que la Constitución alemana reviste. Teóricamente, es decir, considerada sobre el papel, nacen tales dificultades de que la Constitución alemana, aun cuando como Constitución tenga caracteres análogos á la de cualquier otra Constitución *escrita*, regula una especie rarísima de Estado, que si por un lado es, como Estado *federal*, parecido al Estado *federal* de la República norteamericana, por otro, como Estado federal monárquico (Imperio), compuesto por otros Estados monárquicos, principados, etc., etc., se parece en parte á las Monarquías europeas y en parte se diferencia de ellas y de la República norteamericana de un modo originalísimo (1). Pero no es esto sólo; tales dificultades nacen también, y este es quizá el origen primero de todas, de la evolución histórica por que atraviesa el pueblo alemán para llegar á adquirir la forma actual política, y para lograr vivir bajo una Constitución propia y adecuada, en la cual, al parecer, encuentran su ley de armonía las aspiraciones más encontradas, las tendencias religiosas y sociales más opuestas, y las fuerzas más distintas y desequilibradas.

2. Sugeridas por las dificultades mismas que acabo de señalar, y por la naturaleza de la Constitución imperial de hoy y la de aquellas otras Constituciones anteriores que forman sus lógicos é históricos precedentes, las dos principales cuestiones que en la literatura jurídica alemana, y no

(1) Se sintetizan estas cuestiones en uno de los trabajos contenidos en el volumen publicado por Max V. Seydel, bajo el título de *Staatsrechtliche und politische Abhandlungen*, en 1893.

Digitized by Google

alemana (1), se han debatido, y se debaten, acerca de este derecho constitucional, son las siguientes: 1.ª ¿Cuál es la índole propia del lazo político que la unión federal entraña? ó de otro modo: ¿cómo puede y debe definirse el Imperio desde el punto de vista de su estructura constitucional? y 2.ª ¿Cuál es la forma de gobierno que de la Constitución resulta?

Por más que no contemos aún con todos los datos necesarios, preciso es decir á guisa de preliminar imprescindible en el estudio del derecho constitucional alemán, en razón de sus condiciones especiales, y como prevención utilísima para las comparaciones ulteriores, algunas palabras acerca de las dos cuestiones indicadas.

3. Considerado en su mero aspecto exterior el Estado alemán actual, repútase un Imperio federal, formado en virtud de un pacto expreso entre una porción de Estados soberanos antes del pacto, y que no han abdicado plenamente su soberanía después del pacto. Ahora bien; la gran discusión existente, entre los escritores alemanes sobre todo, y que no es más que la prolongación con nuevas formas y argumentos de las discusiones sobre la índole del Estado federal, sostenidas ya de antiguo, con ocasión de los intentos variadísimos llevados á cabo, para construir la patria política alemana, recae sobre la índole del vínculo jurídico que implica el Imperio, sobre la naturaleza del lazo federal, tanto en la apreciación de los resultados formales y sintéticos de su Constitución escrita, cuanto en lo relativo á

(1) Una indicación bibliográfica de la literatura política, acerca del derecho constitucional alemán, puede verse en la Monografía ya citada de Bushnell, páginas 68, 69, 71, 72 y 74, notas, y 187.

Digitized by Google

la posición de los Estados contratantes y de los ciudadanos de éstos, como miembros del Imperio mismo.

No es posible, ni intentar siquiera aquí, una exposición completa de todas las opiniones que se han producido en la historia de la filosofía política, como consecuencia y causa de las formas imperfectas de federación realizadas en la historia de Alemania, antes de constituirse el actual Imperio, y de aquellas otras más perfectas, como la de Suiza (1) y la de los Estados Unidos.

Después de todo, implicaría el intento un estudio de la historia de la *doctrina del Estado federal* moderno en Europa, ó quizá hasta una historia del Estado federal en sus formas antiguas de Ligas, como la Liga Aquea, que florece en el siglo III antes de Jesucristo, ó de confederación *medioeval*, como la suiza hacia los siglos XIII y XIV, ó de uniones políticas, como la de las siete provincias unidas de los Países Bajos en los siglos XVI y XVII, ó en fin, de formas más perfectas, cual la de la República suiza en nuestros tiempos, y la de los Estados Unidos (2), pues todas ellas han sido puestas á contribución para fijar los caracteres de las uniones federales que Alemania mantuvo en el presente siglo (3).

---

(1) Hay una nota bibliográfica, muy completa, acerca del derecho político de la confederación suiza, en la obra citada de Bushnell, páginas 63, 66, notas, y pág. 185. Véase, especialmente, Dubs, *Le droit public de la confederation suisse.*

(2) Una historia del Estado federal, la dejó comenzada Freeman: *History of Federal Government.* Se publicó un volumen, que comprende sólo las Ligas griegas, pero el prefacio abarca una indicación histórica muy completa.

(3) *The Federalist*, por ejemplo, reputaba utilísimo el estudio de las Ligas antiguas para el desenvolvimiento del Gobierno federal.

Digitized by Google

Afortunadamente, sin necesidad de extendernos demasiado, puede hacerse una indicación sumarísima del desarrollo histórico de las opiniones más importantes sobre el Estado federal alemán, aprovechando el trabajo crítico expositivo de la obra de S. Brie (1), el cual, recogiendo las noticias más escasas de Welcker (2), Waitz (3), Meyer (4) y Zachariæ (5), las rehace y completa, dando una idea acabada, tan suficiente como es de desear, de asunto tan complejo y difícil como éste en que nos ocupamos (6).

4. Los primeros orígenes de la doctrina, es decir, de la elevación á fórmulas científicas de la situación histórica especial de los territorios alemanes, considerándolos como Estados subordinados á otro Estado, están para Brie en Leopoldo Hugo (1861) (7), «quien introduce en la ciencia el concepto del Estado constituído por Estados», sugerido por la condición política del Imperio en su época. Bushnell cita como el primer tratado, acerca de la teoría del Gobierno federal, el de Pufendorff, *De sistematibus civitatum* (8), que es el mismo á que Brie se refiere inmediatamente después de hablar de Hugo. Pero estos intentos teóricos de representar científicamente el Imperio germánico, como

(1) *Der Bundes-staat.* Primera parte (sólo un volumen publicado). *Geschichte des Lehre Von Bundesstaate;* Leipzig, 1884.

(2) *Staatslexikon* (1.ª edic., vol. 3.º, páginas 106 y 112).

(3) En su *Sistema del Estado federal* (páginas 154 y 155).

(4) En sus *Fundamentos del derecho político de la Confederación alemana del Norte* (párrafos 2 y 3).

(5) *Derecho político y federal alemán* (vol. 1.º, páginas 26 y 27).

(6) La bibliografía muy interesante de Brie, puede completarse con la numerosísima y ordenada que trae el citado Bushnell.

(7) Varias obras citadas por Brie.

(8) 1675.

Digitized by Google

Estado de Estados, caen posteriormente en el olvido para renacer más tarde con otra pujanza en los escritos de Pütter (1), el cual considera que no hay incompatibilidad para la existencia de Estados dentro de un Estado superior. Las ideas de este célebre escritor se mantienen luego por otros, sosteniéndolas al fin casi todos los autores, que trataron del asunto durante los últimos diez años del Imperio; por ejemplo, Both, Schnaubert, Mafer y Görnner (2). Debe hacerse notar que esta teoría, que tanta importancia había adquirido en la ciencia, no alcanzó un desenvolvimiento extraordinario y menos una definición en los términos, en los grandes escritores como Montesquieu, Wolff y Kant.

5. Á partir de la caída del Sacro Romano Imperio (1806), con los nuevos intentos de Constitución política del pueblo ó pueblos alemanes, surgen nuevos intentos científicos de sistematización de la doctrina, poderosamente auxiliados ya por el influjo del constitucionalismo francés. Por de pronto, el examen de la Confederación del Rhin, que inmediatamente se produce, comparada con el Imperio disuelto y confrontada con la idea del Estado federal que la Confederación del Rhin *no* realizaba, determinó cierta distinción y fijación en los conceptos de las dos principales formas: «Confederación de Estados y Estado compuesto.» La terminología fijóse también con mayor exactitud, y así «en el uso común las expresiones de «Confederación »de pueblos» (*Völkerbund*) y «Confederación de Estados» (*Staatenbund*), se aplicaron para significar el sistema de

(1) *Institutionis juris publici germanici.*
(2) Citadas por Brie.

Digitized by Google

Estados coligados, mientras se señalaba el Estado compuesto de Estados, como «Estado de pueblos» (*Völkerstaat*) y «Estado federal» (*Bundesstaat*) (1).

Entre los publicistas alemanes, que en los tiempos de la Confederación del Rhin sistematizaron la teoría del Estado federal, ó á lo menos llamaron la atención acerca de ella, merecen citarse, según Brie, á K. S. Zachariæ, G. H. Von Berg y sobre todo, á W. J. Behr (2).

Aun cuando pudiera creerse que el gran desenvolvimiento alcanzado por las doctrinas del Estado federal antes de 1814, encontrara condiciones favorables para continuar, inmediatamente después de los acontecimientos del mismo año, y cuando se reorganizó de nuevo Alemania, no ocurrió así. La doctrina decae, la bibliografía de aquellos momentos agitados, es nula. Pero apenas se concluyó el pacto federal, apenas surgió la Confederación Germánica, ya hecha y aceptada, la eterna cuestión renació bajo la necesidad científica y política de determinar la esencia jurídica de la unión fundada, y para ver si se trataba de una confederación de Estados propiamente dicha ó de un Estado nuevo, de un Estado federal. Por aquel entonces y sobre tal tema escriben Klüber, cuyas obras (3) se reputan hoy mismo como fundamentales, y en las cuales declaró que tal unión no podía conceptuarse como Estado federal y sí como confederación. Gagerne, que se inclinaba á la opinión contra-

---

(1) Brie, obra citada, cap. III. 1.

(2) Brie examina las obras capitales de este autor, algunas de las que citaremos en el GUÍA.

(3) *Sobre las Actas del Congreso de Viena* (1816): *Oeffentliches Recht, des deutschen Bundes und der Bundesstaaten* (1817), pár. 103.

Digitized by Google

ria. El historiador Heeren (1), que llamó á la unión indistintamente una y otra cosa. El filósofo Fries (2) que señalaba el ideal á que debía tenderse, y, por último, Tiffman (3), que desarrolló una original teoría del Estado federal, explicando la Constitución positiva de la Confederación Germánica.

Para comprender en todas sus manifestaciones y explicarse los distintos matices de esta doctrina importantísima, es preciso tener en cuenta cómo poco á poco se va normalizando la Confederación en la práctica de la Constitución política, al afirmarse por un lado como entidad internacional y al relacionarse con los Estados particulares que la forman. Del movimiento natural de la vida jurídica que la Confederación supone en esas dos direcciones, surgió la definición adecuada de su personalidad, y de lo que bien ó mal pudo llegar á ser. Todo lo cual, naturalmente, influía en la producción de las ideas coetáneas, como influían también en ellas los acontecimientos que se desarrollaban en otro Estado federal, cuyas instituciones ofrecieron estímulos espontáneos á comparaciones sugestivas en extremo: me refiero, como se comprenderá, á la Constitución de la República suiza.

Los escritores alemanes que pueden considerarse como los representantes de estos nuevos desarrollos de la doctrina del Estado federal en la crítica de las Constituciones germánicas, son Federico de Gagerne, Pablo Pfizer y Car-

(1) *Obras históricas*, vol. II. Disertacion 5.ª

(2) *De la Confederación germánica y de su constitución política* (1816), página 162.

(3) *Exposición de la Constitución de la Confederación Germánica* (1888), páginas 1 y 20.

Digitized by Google

los Welcker. Gagerne (1), resumía en sus pensamientos el ideal patriótico consistente «en el deseo de formar una gran nación», el cual deseo podía encontrar satisfacción plena mediante una unificación ó federación, Pfizer (2) es también partidario de que la Confederación Germánica se rehaga hasta el Estado federal, pero indicando ya la necesidad de que éste obedeciese á un movimiento impulsado por Prusia. Welcker (3) es el más importante de estos tres escritores. Aun hoy es una de las autoridades más citadas en ciencias políticas. Su doctrina, un tanto complicada, contiene ideas muy aprovechables y explicaciones que dilucidan muy bien los defectos de la Confederación Germánica, y señalan los principios á que éste debiera conformarse. En su sentir, el Estado federal, como Estado, tiene el mismo fin que los Estados particulares: «La tutela de los derechos internos y externos, públicos y privados y del bienestar general», no debiendo surgir sino ante las deficiencias para llenarlo, de los Estados particulares.

Brie señala luego la génesis y formación de las doctrinas predominantes después de 1848, y en primer término de las que se forman bajo el influjo de las tentativas para las reformas federales hechas en Alemania desde 1848 á 1850, y de los cambios ocurridos en la Constitución suiza. Nótase aquí un fenómeno interesante. Suiza alcanza ya entonces la consagración expresa de una fórmula de *Estado federal* que se muestra bastante duradera; mientras Alema-

(1) *Estudio sobre el Estado federal.*

(2) *Desenvolvimiento del derecho público alemán mediante la Constitución federal.*

(3) *Staats-Lexicon*, V y III, páginas 77, vol. 81.

Digitized by Google

nia sufría una transformación hacia el Estado federal, pero imperfecta y pasajera. Pues bien: en la historia de la doctrina del Estado federal, los influjos de más valor provienen de esta última, porque la misma imperfección del ensayo determina la variedad de interpretaciones que forman el distintivo de las diferentes opiniones sustentadas. Cuatro escritores se pueden citar como representantes de las tendencias científicas que entonces implican una nueva fórmula del Estado federal. Son éstos Bluntschli (1) y Dönniges, Stahl y Radowitz (2).

Señala luego Brie la doctrina más importante de aquellos y aun de estos tiempos, la que forma el núcleo de las distinciones ulteriores, á saber: la doctrina de Waitz (3), formada bajo el nuevo y poderoso influjo exterior que ejercen en el desenvolvimiento de la federación alemana las teorías de Tocqueville acerca de la Constitución federal americana. No me detendré por el momento á exponer las ideas de Waitz, pues luego he de volver necesariamente sobre ellas. Ahora bastará su cita para indicar los opuestos desarrollos que, á partir de tan eminente autor, alcanza la doctrina que estudiamos. Pueden distinguirse, de un lado, los publicistas alemanes que han adoptado íntegramente ó con pequeñas modificaciones, las características del Estado federal, fijadas por Waitz: son éstos, Schulze (4), Gerber (5),

---

(1) *Historia del derecho federal suizo*, vol. I, cap. 34.
(2) Véase la nota de Brie, obra citada, cap. V, III, 3.°
(3) *Grundzüge der Politik*, páginas 42, 46, 165 y siguientes.
(4) *Lehrbuch der deutschen Staatsrecht;* Introducción.
(5) *Staatsrecht.*

Digitized by Google

Ahrens (1), Mohl (2), Treitschke (3) y el suizo Rüttimann; de otro, los publicistas que coinciden en muchos puntos con Waitz, por ejemplo, Zachariæ (4), Pölz (5), el suizo Escher y Stuart Mill y Freeman (6), y de otro, por fin, ciertos publicistas que se manifiestan con criterios independientes y aun contrarios al de Waitz, por ejemplo, Zöpl (7), Meyer (8), Kaltenborn (9), Held (10), etc.

No es posible detenerse á especificar los variadísimos puntos de vista que todos estos autores sustentan. Necesario es prescindir de ellos, teniéndolos sólo en cuenta como muestra de la importancia grandísima que tal riqueza bibliográfica supone, para llegar ya al período en que la discusión del Estado federal alemán alcanza mayores vuelos, y, sobre todo, al período en que tal discusión, preparada y elaborada, según los complejos precedentes científicos indicados, tiene mayor interés para nuestro objeto presente. El período á que aludo iníciase en 1866 al constituirse la Confederación del Norte, y comprende la interpretación científica del Imperio establecido en 1871.

6. Dando de mano á muchos detalles de mayor ó menor interés, podemos circunscribir los términos de la discusión presente á aquellos en que se debate la naturaleza del Es-

---

(1) *Derecho natural.*
(2) *Encyclopedie das Staatswissenschaften;* pár. 49.
(3) *Estado federal y Estado unitario.*
(4) *Deutchereich Staatsrecht.*
(5) *El Gobierno representativo.*
(6) Obra citada.
(7) *Grundzütze des allgemeinen Staatsrecht.*
(8) *Einleitung in des deutsche Staatsrecht.*
(9) *Einleitung in des constitionelle Verfassungsrecht.*
(10) *Verfassungsrecht.*

Digitized by Google

tado ó de la *forma política* que implica la Confederación del Norte, ó bien hoy, del Imperio alemán (1). Hay, entre las opiniones sostenidas, dos tendencias extremas. Algunos tratadistas, como Seydel (2), hacen notar que habiendo surgido el Imperio de una convención y conservando sus miembros la representación exterior, mantienen los poderes propios de los Estados, y son, por tanto, soberanos; así que Alemania es hoy por hoy aún, una confederación, una sociedad de Estados (*Staatenbund*). Por su parte, Laband (3), sostiene que Alemania no puede ser considerada como una confederación de Estados, porque una confederación de Estados es una asociación política, no una persona jurídica ni un Estado: «El Estado es una unidad organizada.» Ahora bien: en Alemania, los Estados particulares no son soberanos, por cuanto obedecen al Imperio, el cual es un poder de Estado sobre Estados sometidos, que, si gozan de una cierta autonomía, la gozan en los límites del art. 78 de la Constitución imperial. En definitiva, para Laband, el Imperio es como Estado federativo, un Estado compuesto de Estados, que son sus súbditos. La opinión de Laband es, en sus resultados, la de Schulze (4), pero éste parte del supuesto de que el Imperio es la unión nacional de los Estados y de todos los ciudadanos.

Hay gravísimas dificultades para interpretar estas teorías que, partiendo de un concepto muy corriente entre los

(1) Discute el punto ampliamente Brie. Para la doctrina en general ver la obra citada de Bushnell. Resume la discusión Palma, obra citada, páginas 325-29.

(2) Obra citada.

(3) *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, 56, 57.

(4) Obra citada.

Digitized by Google

filósofos de la política alemana, llegan á las dos conclusiones opuestas, para las que se conceptúa al Imperio, ó como confederación, ó como Estado federal sin Estados realmente. El concepto á que aludo es el de la indivisibilidad de la soberanía. En efecto, se razona siempre presuponiendo que en la agrupación social no puede haber más que un soberano y una soberanía (1), no siendo lógico hablar de división de ésta entre el Imperio y los Estados. Así, una de dos, si éstos, los Estados, permanecen tales, con su soberanía después de constituído el Imperio, no hay nuevo Estado, hay sólo una confederación; si, por el contrario, al formar el Imperio éste se hace soberano, el Imperio es, no un nuevo Estado, no un Estado de Estados, sino el Estado (2).

Frente á estas soluciones opuestas y limitadas, están las que provienen de un concepto de la soberanía distinto. Waitz, siguiendo las inspiraciones de Tocqueville, representa una de ellas, la que, como he indicado antes, alcanzó gran boga en Alemania. Parte Waitz de la idea de la distribución posible de la soberanía, y así el Estado federal es para él el Estado en que el poder soberano se halla dividido entre la federación y sus partes. Todo lo cual ocurre en la Confederación del Norte y en el Imperio alemán, por lo que éste puede considerarse como un Estado federal.

7. Realmente no parece puesto el problema en los términos más adecuados para llegar á una solución lógica. Se trata, sin duda alguna, de fijar la naturaleza jurídica de la forma política creada por la Constitución de 1867, y, so-

(1) Véase, en la TEORÍA DEL ESTADO, cómo se considera la cuestión.
(2) Véase Palma, obra citada, pág. 326.

Digitized by Google

bre todo, la que ha resultado de la creación del Imperio en 1870-71. ¿Es éste una confederación de Estados, ó un nuevo Estado? En este último caso, ¿de qué Estado se trata, de un Estado unitario, ó de un Estado de Estados?

Se comprenderá cuán importante es resolver, sobre todo, la primera disyuntiva para nuestro asunto; pues en el supuesto de que el Imperio no fuera un Estado, la Constitución imperial podría ser materia de estudio en el derecho internacional; pero no tendría un lugar tan preferente en el derecho constitucional como en el supuesto contrario.

8. En mi concepto, la respuesta á la primera pregunta es clara. El Imperio alemán es un Estado. Es un Estado, porque en la evolución histórica, difícil, intrincada, trabajosísima, se reveló como un pueblo; es un Estado, porque actualmente se manifiesta en las relaciones internacionales con personalidad fuerte, sana, vigorosamente constituída; porque tiene un alma que á cada paso da muestras de una vida robusta. Verdad es que hay en su seno elementos aun no asimilados, que entrañan complicaciones dificilísimas de raza, de lengua, y de religión. No importa; es un Estado históricamente, más ó menos perfecto, pero al fin, un Estado. Por otra parte, tiene el Imperio alemán un Gobierno, cuyas bases nacionales están determinadas en la Constitución, y cuyo principio se ha desenvuelto grandemente; ese Gobierno lo ejercen: el Emperador, centro de la Unión, personificación del Imperio; el *Bundesrath*, Cámara representativa de los Estados, y el *Reichstag*, Cámara representativa de *todo* el pueblo alemán, sin distinción ni particularismo regional de ninguna especie.

Es, además, el Imperio, un Estado federal, y como tal Estado *federal*, supone, no la indivisibilidad de la soberanía,

Digitized by Google

es decir, la atribución al Imperio de las soberanías qué antes del pacto tuvieran los Estados particulares, ni tampoco la distribución de *una misma soberanía* social entre los Estados y el Estado, supone la existencia de una *soberanía imperial federal distinta*, cuyo sujeto es el nuevo Estado (el Imperio), cuya representación inmediata tienen los Estados y el pueblo alemán, como miembros del Imperio, y cuyo ejercicio *oficial* compete á éstos y á los funcionarios que revisten el carácter de imperiales. Supone, además, la *persistencia* de las soberanías particulares de los Estados, en aquella esfera de su propia y *personal* competencia. Sin duda que en la práctica estos supuestos, se hallan á veces contradichos; pero débese esto á que, aun siendo el Imperio un Estado federado, no realiza perfectamente el ideal de esta forma dificilísima; no es tan *orgánico* ni tan *equilibrado* como el Estado federal suizo ó americano. Por algo éstos han surgido con más espontaneidad, y sin obedecer al impulso de la ambición de uno de los Estados particulares, como ocurre con Alemania, que se ha formado bajo la preocupación militar y según las inspiraciones y el interés de Prusia (1).

Ahora bien: de todo lo expuesto, resulta que puede hablarse perfectamente y sin reserva alguna de un *derecho constitucional* del Imperio alemán, con igual propiedad y alcance que si se hablara del *derecho constitucional prusiano.*

9. La segunda cuestión que al principio del presente

(1) La teoría del Estado federal expuesta responde á las ideas sostenidas en la TEORÍA DEL ESTADO, lib. I, cap. III, y lib. IV, cap. VI. Luego volveremos sobre el asunto. Lib. III, cap. V.

Digitized by Google

capítulo (núm. 2) decíamos provoca la Constitución alemana, cuestión que supone la primera resuelta en el sentido que dejo expuesto, y relativa á la forma de Gobierno que del ejercicio de la Constitución resulta, no puede tratarse ahora con el mismo detenimiento que la anterior. Sería, en verdad, prematuro examinarla en todos sus detalles; pero como he advertido antes, el desenvolvimiento lógico de nuestro pensamiento, exige alguna brevísima indicación.

Entre los diferentes tipos de Gobierno que han resultado hasta el día del desenvolvimiento del derecho constitucional, y como forma de las Constituciones representativas, Alemania desarrolla uno originalísimo, aun partiendo, como parte, de determinaciones expresas constitucionales, análogas á las de otras Constituciones políticas. Alemania, en efecto, no ha producido, como la mayoría de los pueblos europeos, el *régimen parlamentario*, hasta ahora al menos, y sin perjuicio. Su tipo gubernamental, análogo en esto al de muchos de los Estados particulares de los que forman la federación, es, como advierte Majorana (1), el *constitucionalismo* puro, esto es, el régimen de Parlamentos, pero sin que representen éstos el primer papel, ni ejerzan la mayor suma de poder político. En Alemania, en virtud del carácter militar acentuadísimo de sus instituciones, merced á las condiciones difíciles de su desenvolvimiento histórico, y al gran prestigio personal de los representantes del poder unitario imperial, el órgano preeminente es el Emperador; así que las relaciones entre el jefe del Estado, el Canciller, que de él depende más directamente que del Parlamento (al revés de lo que sucede en Francia,

(1) *El Parlamentarismo.*

Digitized by Google

Inglaterra y España con el Ministerio, y análogamente como ocurre con éste en los Estados Unidos) y el Parlamento, son muy distintas de las que existen entre esos tres órganos del poder oficial, en el régimen parlamentario, propiamente dicho.

10. Pero, prescindiremos ya de estas indicaciones, para procurar en breves términos comprobar alguna de las tesis mantenidas en los tres números anteriores, así como determinar las fuentes del derecho constitucional alemán, mediante rápido bosquejo de cómo se verifica la formación histórica del Estado alemán, y cómo surge la Constitución en él, todo lo cual entraña dos evoluciones distintas y paralelas: 1.ª, la evolución del Estado como personalidad colectiva constitucional, y 2.ª, la evolución de las instituciones políticas que integran al Estado, producido bajo la ley de sus Constituciones escritas.

11. El desarrollo exterior de la historia constitucional de Alemania, con ser en el fondo radicalmente distinto del de Francia, y en general del de todos los demás Estados á que aquí nos referimos, se parece en ciertos respectos, superficiales sin duda, al de Francia, y según veremos, al de España. Como el de estos pueblos es el de Alemania *cíclico* ó *periódico*, más aún que ellos, por implicar mayor diferenciación y más acentuadas variantes. En efecto, la historia de Alemania hasta el Imperio, tiene como la de Francia, fechas célebres, iniciales de períodos constitucionales distintos; pero con la diferencia de que tales fechas alcanzan en Alemania superior trascendencia, pues si las de Francia importan, sobre todo, por el cambio político interior (transformación de la Constitución de un Estado nacional permanente), las de Alemania implican el cambio in-

Digitized by Google

terior de un Estado que se hace, pero que al principio no existe; más una transformación casi íntegra del Estado mismo con consecuencias gravísimas internacionales. La Francia actual es como núcleo etnográfico y geográfico, la continuación, sobre poco más ó menos, de la Francia del pasado, de la Francia de los Capetos y de Luis XIV. La Alemania de hoy no es, sino por herencia, ideal ó psicológica, por sugestión moral, por influjos históricos, el Sacro Romano Imperio. Políticamente es nueva (1866-71).

12. Pero veamos, sin acudir á más comparaciones, cómo se efectúa el desenvolvimiento histórico á que aludimos. En un estudio completo de la cuestión, habría que remontarse al Imperio carlovingio (1), ya que Carlo Magno tuvo, sin duda, la idea y el hecho del gran Imperio, y ya que á su muerte surgen vivas las dificultades que Alemania va á tener en lo futuro para constituirse, dificultades que, transformadas por la historia, sólo se supieron vencer en gran parte en el presente siglo. Un estudio completo exigiría además un conocimiento acabado de todas las vicisitudes y de la ideal significación del Sacro Romano Imperio (2). Pero en los estrechos límites en que aquí es preciso moverse, hay que prescindir de todos estos precedentes históricos, para venir ya al año en que el Sacro Romano Imperio, que no era, hacía mucho, según el dicho de Voltaire, ni Sacro, ni Romano, ni Imperio (3), deja definitivamente de

---

(1) Así dice Burgess, obra citada, vol. I, pág. 109.

(2) Véase acerca de esto á Bryce, *Holy Roman Empire*. Waitz, *Deutsche Verfassungsgehichte*. A. Lebon, *Études sur l'Allemagne politique*.

(3) Era una *imponente* cuanto estéril institución. En el siglo XIV ya el título imperial no es más que «un mero título», «hállase el Emperador

Digitized by Google

existir (1806) para iniciarse la historia de una nueva serie de etapas que en cierto modo continúan la evolución que fatalmente parece seguir Alemania bajo el impulso prusiano.

Una idea, sin embargo, se debe recoger del Imperio antiguo, para explicar el desarrollo de los Estados alemanes en el presente siglo y las formas políticas bajo que se unen: es la idea *federativa*, la idea del lazo entre territorios distintos. El Sacro Romano Imperio desaparece; pero lega á la Alemania del porvenir la idea de la unión federal, idea fecundísima, la única con la cual podrán resolverse muy á la larga los gravísimos problemas interiores que con la idea salvadora, legaba también el antiguo y agotado Imperio.

13. Á partir de 1806, puede considerarse que empiezan en los *territorios* alemanes las dos evoluciones paralelas ya indicadas (núm. 10), pues coincide con las nuevas intentonas, para rehacer la unión alemana bajo una ú otra forma, el influjo del constitucionalismo francés, el cual se propagaba por los Estados de Alemania, siguiendo el impulso expansivo de las ideas revolucionarias. (Véase lib. I, capítulo II.) Realmente, la exigencia del derecho constitucional *escrito*, que, prescindiendo de su significado liberal, los reconstrutores de Alemania por Prusia, los Stein y Hardemberg, no rechazaban en absoluto, se adaptaba muy bien como fórmula á las necesidades que en Alemania se sentían, sobre todo, para consagrar expresamente las ligas de Estados, que se imponían lo mismo á Napoleón que á los vencedores de éste.

---

reducido á una especie de presidencia honoraria en la república de los antiguos feudatarios y súbditos del Imperio». Himly, *Histoire de la formation territoriale des Etats de la Europe centrale*, vol. I, pág. 239.

Digitized by Google

Los períodos ó ciclos, á que antes aludía, por que pasa Alemania á partir de 1806, y en los cuales toma una forma distinta bajo una ley constitucional más ó menos propia como derecho político ó de un Estado, son los siguientes: 1.º Período de la Confederación del Rhin; preponderancia francesa (1806-1814). 2.º Confederación Germánica: preponderancia de Austria (1815-1866). Y 3.º Confederación del Norte: preponderancia de Prusia (1866-1871). Compenetrando algunos de estos períodos y sirviendo de lazo de unión que prepara la consolidación del Estado federal en 1866 y 1871, está la época del *Zollverein*, ó unión aduanera (1834-1871) (1).

La Confederación del Rhin no es una obra patriótica alemana, es una creación napoleónica francesa, compuesta por diez y seis Estados, que dura todo el tiempo en que impera el poder de Napoleón I. La significación más importante de la Confederación del Rhin es la distinción de los tres grandes elementos que van á jugar papel preponderante en la historia moderna de Alemania: de un lado los dos elementos incompatibles y rivales (Prusia y Austria), y de otro el elemento medio, sobre el cual se producirán los efectos más directos de los sangrientos antagonismos entre Austria y Prusia.

En rigor, la fecha inicial del derecho constitucional alemán, en la cual se esbozan de un lado las tendencias fundamentales hacia la unidad alemana bajo Prusia, y las dificultades que habrá que vencer, es la de 1814, con la caída de Napoleón I. La sugestión del Sacro Romano Imperio se advierte en la declaracion hecha por los príncipes alema-

(1) Véase Bushnell, obra citada, pág. 67 y 75.

Digitized by Google

nes en favor del restablecimiento de la unión permanente, declaración renovada en el art. 6.° de la Paz de París, según el cual «Los Estados de Alemania serán independientes y estarán unidos por un lazo federativo», y que sirvió de base á las negociaciones entabladas en Viena que dieron por resultado el acta de Confederación alemana (8 de Junio de 1815).

Esta Confederación tenía, por fin, según la Constitución de la misma, «la seguridad y la independencia de Alemania», ó sea, según el art. 2.°, «el sostenimiento de la seguridad exterior é interior de Alemania, y la independencia é inviolabilidad de los Estados confederados». No era un verdadero Estado federal, sino una mera confederación de Estados (*Staatenbund*), cuyos adherentes se reservaban todo su poder: faltábales, sobre todo, el elemento que el *Reichstag* de hoy representa, es, á saber: los ciudadanos y el pueblo nacional. La gran preocupación de la Confederación en estos tiempos, era impedir á toda costa la difusión y el imperio de la idea revolucionaria. Por otra parte, tenía en su seno un obstáculo invencible, que le quitaba la posibilidad de realizar misión alguna superior, y menos aun progresiva, en el sentido de la afirmación de la unidad política; este obstáculo consistía en la rivalidad perenne de Prusia y Austria, rivalidad que explica los grandes retrasos de la formación del Estado federal, y cuya solución ulterior explica las imperfecciones del que al cabo se llega á constituir, como luego veremos.

Otra fecha memorable en el desenvolvimiento histórico de Alemania que puede iniciar un nuevo período, y que si no lo inició preparó su iniciación, revelando las fuerzas internas de la nacionalidad y las nuevas aspiraciones políticas

Digitized by Google

del pueblo, es la de 1848. En efecto; en 1848 estuvo á punto de realizarse la unidad alemana, resolviendo primero la oposición de Prusia y Austria con la exclusión de ésta, y afirmando además el principio de la existencia de un pueblo soberano. Reunióse en Francfort una Asamblea nacional, elegida por sufragio directo, con el carácter de constituyente, el 18 de Mayo, y, después de largas deliberaciones, acordó en Mârzo de 1849 una Constitución, precedida de una parte dispositiva, dogmática, relativa *ya* á los *derechos de los ciudadanos alemanes*. Asomaba así la idea del Estado federal. Pero no estaba aún bien preparado el terreno: la rivalidad equilibrada de siempre: Prusia y Austria, impidió al intento pasar de tal. Prusia mismo empezó por rechazar la dignidad imperial que le fué ofrecida. Desde 1850 á 1866 se debate grandemente entre los políticos cómo se llegará al fin á una fórmula definitiva y satisfactoria. El Estado alemán quiere producirse á todo trance. De entonces son los planes de Sajonia (1861), de Austria (1863) y, por último, de Prusia (1866), para modificar las instituciones de 1815. Mas era imposible que nada sólido se produjera sin que antes se resolviera el gran obstáculo que á toda reconstitución seria y permanente se oponía. Y esto fué lo que ocurrió en 1866 con la guerra entre Austria y Prusia. Sadowa consolidó la hegemonía de ésta, y con tal hegemonía se facilitó la formación del Estado federal verdadero.

Sabido es cómo se realizó esta grande obra de la política moderna. La paz de Praga (23 de Agosto de 1866) proclamaba la disolución de la Confederación Germánica, y anunciaba la constitución de una Confederación de los Estados alemanes, situados al norte del Mein. Al efecto se verificaron entre Prusia y los diversos Estados tratados diferentes,

Digitized by Google

fechados el 17 de Agosto de 1866. El 15 de Diciembre de dicho año reuniéronse en Berlín los plenipotenciarios de los Estados, y bajo la dirección constante de Prusia, elaboraron una Constitución que fué sometida á la aprobación de un *Reichstag*, como Asamblea nacional constituyente, elegido por sufragio directo, y el cual votó la Constitución de la Confederación de la Alemania del Norte (*Norddeutsche Bundesverfassung*) el 16 de Abril de 1867, ratificándola más tarde las Asambleas de los diferentes Estados.

Si ahora, teniendo en cuenta las circunstancias bajo que la Constitución alemana de 1867 se prepara y al fin se produce, circunstancias que no hacen más que acentuarse en el Imperio de 1870-71, quisiéramos caracterizarla sintéticamente, podríamos decir qne el Estado federal alemán, formado por una porción de Estados desiguales, es una maravilla de equilibrio aparente, que entraña un real desequilibrio, mantenido como si fuera un equilibrio real por el poderosísimo influjo de Prusia. No es la Confederación de Alemania del Norte un Estado federal *orgánico* que espontáneamente, y por la fuerza natural de las cosas, haya surgido como Suiza ó los Estados Unidos, sino un Estado de Estados, federal en suma, pero en cuyo conjunto se advierte con el predominio de uno, una organización habilidosa hecha en beneficio é interés principalmente del Estado particular predominante (1).

Este carácter del desenvolvimiento histórico del Estado

(1) Después de todo, los historiadores actuales, apasionados de Alemania por amor á Prusia, declaran que no eso sólo es cierto, sino necesario y justo. Véase, por ejemplo, Treitschke, *Historische und politische Aufsätse*, II, pág. 554.

Digitized by Google

alemán hasta 1870, se refleja en la estructura constitucional, donde todos los resortes particularísimos acusan el influjo prusiano preponderante (1), y persiste, como vamos á ver, en el derecho constitucional vigente.

14. Es tan fácil de señalar el punto de partida del actual orden político federal de Alemania, que no me detendré en razonarlo, pues creo nadie lo pondrá en duda. Coincide este punto de partida con la apertura del último período del desarrollo de las dos evoluciones históricas que he procurado señalar, y con la consolidación del Estado federal alemán sobre bases territoriales y políticas amplísimas. Los acontecimientos de 1870-71, esto es, la guerra franco-prusiana, con sus antecedentes y consecuencias implica el punto de partida á que acabo de aludir.

Recientísima es, por tanto, la fundación del Imperio alemán. Provocada la guerra con Francia por las hábiles maniobras de Bismarck, secundadas por las ambiciones irreflexivas de Napoleón III, estalló la guerra de 1870, guerra en la que el Rey de Prusia obraba como representante de la Confederación del Norte, á quien auxiliaban los ejércitos de los Estados alemanes del Sur, en virtud del impulso patriótico de sus pueblos. Apareció entonces bien claro el carácter transitorio de la Confederación de 1866. Uno tras de otro los Estados del Sur, deslumbrados por el triunfo militar completo de Prusia y de la Confederación, fueron sometiéndose al lazo político que ésta supone (Noviembre y Diciembre de 1870), aceptándole en conjunto sin modificaciones, salvo ciertas reservas en determinados puntos especiales. En Enero de 1871 el proceso de formación de

(1) Lebon, obra citada, capítulos II y III. V. luego lib. III, cap. V.

Digitized by Google

la Alemania soñada por Prusia estaba realizado, y el día 18 el rey Guillermo era proclamado Emperador de Alemania en el palacio mismo de Versalles (1).

La *nueva* Constitución del Imperio alemán votóse en un *Reichstag*, convocado extraordinariamente el 9 de Diciembre de 1870, siendo adoptada luego por las Dietas particulares de Baden, Hesse, Baviera y Würtemberg. No se trata, en realidad, de una Constitución *nueva* más que en el nombre (*Deutsche Reichsverfassung*, esto es, Constitución del Imperio alemán). Los cuatro Estados del Sur aceptaron la de 1867, viniendo á sumar los veinticinco miembros del actual Estado federal. En lo demás, los poderes y las instituciones federales son las mismas ante el derecho escrito, aun cuando prácticamente hayan acentuado su preponderancia, á la vez que se acentuaban los caracteres que hemos señalado en Alemania como Estado federal, y que hacen de ella un Estado federal imperfecto, por la desigualdad dinámica de sus partes y por el predominio excepcional de una de ellas, que no sólo impone su criterio político al conjunto, sino que impone á la nación su idiosincrasia moral, su civilización y sus ideales. Hoy, en efecto, la política y las tendencias y aspiraciones alemanas son prusianas (2).

15. Viniendo ya á las fuentes de este derecho constitucional, surge al determinarlas una dificultad análoga, nada más que análoga, á la que hemos examinado al tratar de

---

(1) Para la historia del Imperio, considerada con un espíritu apasionado, puede consultarse á Sybel, *Begründung des deutschen Reichesdurch Wilhelm*, I, (1889-1891), y sobre todo Treitschke, *Geschichte Deutsland im 19 Jahrhundert* (1879-1889), obra no terminada.

(2) Véase Treitschke, obra citada. Este autor sostiene además que deben serlo.

Digitized by Google

las de los Estados Unidos, y que en rigor, con uno ú otro alcance, se ofrece en toda Constitución federal. En efecto; aunque haya en la Constitución federal un derecho escrito, con los caracteres exteriores de un pacto, no están siempre perfectamente delineadas las esferas de la competencia política federal y de la competencia política de los Estados. Ese defecto de definición de esferas es en Alemania aun más capital que en otros pueblos, en virtud de las circunstancias á que hemos hecho constante referencia en este capítulo, y que hacen de la Constitución federal alemana una obra de equilibrio aparente, para disimular el influjo preponderante de Prusia. Por otra parte, el derecho constitucional alemán es preciso considerarlo, en el juego de las instituciones políticas, bajo los influjos latentes de los Estados particulares, y en las relaciones necesarias entre éstos y las instituciones centrales.

Con esta salvedad por adelantado, el derecho constitucional alemán puede definirse técnicamente como el derecho *creador* de los poderes federales, y como el derecho político que resulta de la acción constante de estos poderes constituídos, al obrar dentro de los límites de su propia competencia.

La ley fundamental de este derecho constitucional es la *Constitución del Imperio alemán* de 16 de Abril de 1871, Constitución expresa, solemne, con los caracteres ostensibles de un pacto. «S. M. el Rey de Prusia—dice, en efecto, el encabezado—en nombre de la Confederación de la Alemania del Norte..... el Rey de Baviera..... el de Wurtemberg..... el Gran duque de Baden y..... el Gran duque de Hesse..... han *contratado* una confederación perpetua.....» Por lo demás, este célebre documento es muy ordenado y

Digitized by Google

sistemático: señala desde luego el territorio federal (1); después la competencia de la legislación imperial, los poderes federales, las dependencias de estos poderes, para tratar al fin de la Hacienda del Imperio y de los conflictos y defensa de éste.

Naturalmente, aun cuando se trata de un Estado federal, es decir, de un Estado que tiene expresamente señalada su competencia y sus órganos, la Constitución escrita tiene otros varios complementos. Por de pronto, los poderes federales tienden á hacerse sentir y á afirmarse como poderes centrales; de ahí que haya, á partir sobre todo de 1871, una compleja legislación política que entraña una determinación uniforme del derecho nacional alemán. Por otra parte, como la Constitución imperial no es una Constitución reguladora de Estados particulares iguales; como tiene misterios, é implica equilibrios inapreciables, de ahí que exija una interpretación difícil, que es preciso razonar atendiendo al precedente, al uso, al derecho consuetudinario que poco á poco va formándose por la espontánea aplicación de los preceptos escritos, y por la espontánea manifestación de cada uno de los grandes poderes centrales (2). Atendiendo al articulado de la Constitución tan sólo, no cabría, por ejemplo, explicarse la forma *no parlamentaria* del Gobierno imperial, como se caería en crasísimos y lamentables errores respecto del lugar que en cuanto á su importancia relativa ocupan en la actualidad las tres grandes instituciones federales que la Consti-

(1) Véase la Constitución en el GUÍA.

(2) Una interpretación muy adecuada del juego constitucional alemán puede verse en Lebon, obra citada, páginas. 60 y 166. Véase también Burgess, obra citada.

Digitized by Google

tución regula por este orden: primero, el *Bundesrath*, ó Consejo federal; segundo, el *Præsidium*, ó Emperador, y tercero, el *Reichstag*, ó Cámara popular, nombrada por sufragio universal y directo, con voto secreto (art. 20).

16. Brevísimas palabras habré de escribir para fijar, en vista de todo lo expuesto, el carácter propio del derecho constitucional alemán; es, desde el punto de vista jurídico, un derecho del tipo francés: derecho escrito, proviniente como éste y como el norteamericano y como el español, de actos imperativos. Desde el punto de vista de la formación histórica, el derecho constitucional alemán, conservando una originalidad grandísima, se parece al norteamericano en cuanto á sus resultados federales, y al francés y español en cuanto á sus movimientos cíclicos y periódicos. Políticamente considerado, el derecho constitucional de Alemania realiza un tipo sin parecido, complejísimo, difícil, indefinible con los términos generales de la política corriente, pues bajo la forma federativa que recuerda la República americana, con una jefatura del Estado monárquica y hereditaria, y una representación popular elegida por sufragio universal, ofrécese como un gobierno originalísimo, constitucional puro, que vive siempre sometido á las preocupaciones é ideales de uno de los Estados que forman, con apariencia de igualdad, la Confederación consagrada en 1867, y el Imperio consagrado en 1871, y el cual gobierno se distingue del inglés, del francés y del español, porque no es parlamentario y es federal; del americano, porque no es republicano, y de todos, porque entrañan sus instituciones ideas especialísimas sobre la soberanía, resultado de la consideración que va adquiriendo el poder imperial por el influjo de la Monarquía prusiana.

Digitized by Google

CAPÍTULO VII.

EL DERECHO CONSTITUCIONAL EN ESPAÑA.

ARTÍCULO PRIMERO.

Los orígenes.

Llegamos ya al derecho constitucional, que tiene para nosotros una más directa importancia, y que por lo mismo procuraré examinar con mayor amplitud, tanto para determinar su formación histórica, cuanto para fijar su esfera propia y señalar las fuentes del que en la actualidad se reputa vigente.

1. El derecho constitucional español se asemeja, por lo que respecta al proceso histórico que implica su planteamiento y á su carácter formal, al francés. En efecto; el derecho constitucional se implanta en España en fecha fija y por reforma expresa. Además, de las dos tendencias que hemos visto dibujarse en la historia del derecho constitucional, la propiamente *histórica*, *tradicional y espontánea*, representada por Inglaterra, y la *abstracta* y *racional*, que representa, sobre todo, Francia, España obedece á la se-

Digitized by Google

gunda. Por otra parte, también se parece nuestro derecho constitucional al francés, en la manera como se verifica la consolidación del régimen moderno. Se procede por períodos casi cerrados, por reformas expresas, por movimientos revolucionarios, que toman el nombre general *regionalísimo* de *pronunciamientos*, y por reacciones ocasionadas á veces, en virtud de intrigas palaciegas. Es en verdad, dada esta semejanza, muy exacto el aserto de Palma, quien afirma que «España es, después de Francia, el país de Europa más trabajado, en el presente siglo, por las revoluciones, y más acostumbrado á las Constituciones efímeras. En el curso de poco más de dos generaciones, hanse sucedido movimientos tras de movimientos revolucionarios, Estatutos tras de Estatutos constitucionales. Ningún régimen político se ha producido por las vías del derecho, ó sea en virtud del pacífico desenvolvimiento de las instituciones existentes. De todo ha tenido: Monarquía absoluta; Monarquías constitucionales diferentes; República; sin que forma alguna, hasta ahora, haya logrado armonizar en paz sus elementos discordantes» (1).

2. Los acontecimientos históricos á que es preciso aludir de un modo más directo, porque son los que provocan inmediatamente el cambio político radical, que inicia en España el régimen moderno, son los que se verifican durante la *Guerra de la Independencia* (2).

En efecto; España surge como verdadera nacionalidad, es decir, como pueblo, con ese sentimiento colectivo que

(1) Obra citada, pág. 133.

(2) Conde de Toreno, *Historia del levantamiento, guerra y revolución de España*, Madrid, 1839.

Digitized by Google

distingue á los Estados nacionales contemporáneos, en la guerra de la Independencia contra los ejércitos de Napoleón I. Abandonada España de sus Reyes, que hasta entonces personificaran el Estado de un modo *absoluto*, y entregada á sus propios esfuerzos, hubo de levantarse en la conciencia pública la enérgica protesta que el historiador inglés Seeley (1) considera como el primer despertar de las naciones modernas, y que por su parte señala Taine (2) como el obstáculo verdaderamente insuperable, contra el cual tropezó Napoleón, por constituir su aparición posible uno de los *pequeños* vacíos ó errores que existían en los Mapas de Europa, que el gran guerrero político y diplomático había ideado para su uso particular (3). Y en aquellos momentos, por extremo difíciles, la nación española, no sólo se reveló como tal en sus luchas con el extranjero, sino también en las afirmaciones políticas, remedo de las de la Francia revolucionaria, contenidas en la Constitución de 1812, y en la rápida reorganización de la vida local (4).

---

(1) *Court-histoire de Napoleón I.*

(2) Obra citada, *Le Regime Moderne*, t. I.

(3) Al hacer Taine su magistral estudio psicológico de Napoleón I, indica que éste se había formado mentalmente tres atlas de Europa, el *militar*, el *civil* y el *biográfico* y *moral*, pero que en éste había algunos vacíos, siendo uno de ellos «el valor que aquél calculó equivocadamente demasiado bajo de la energía representada por el sentimiento nacional en España y en Alemania». (Obra citada, *Le Regime Moderne*, t. I, página 43.)

(4) Sobre la simultaneidad del alzamiento nacional y el despertar de la conciencia política, véase *Derecho parlamentario español*, por M. Fernández Martín, t. I. Introducción, páginas 309 y siguientes; t. II, página 287. Podrían citarse también muchos escritos comprobatorios, de la época, tal como la carta del célebre redactor del parte del alcalde de Móstoles, Sr. Pérez Villamil, titulado *Carta sobre el modo de establecer*

Digitized by Google

Hasta entonces, viviera España como nacionalidad política, vida adormecida y débil bajo un despotismo monárquico, ya decadente, descansando el Estado en la negación más completa de la soberanía como atributo de la sociedad organizada. El Rey, personalmente sagrado é inviolable, pero de un modo efectivo y con todas sus consecuencias, era la fuente de todo poder y de todo derecho; irresponsable ante los hombres, soberano en la cumplida acepción del término, realizaba el ideal más contradictorio con el del Gobierno representativo que pueda imaginarse. Pero por aquellas fechas (1808-1812), las cosas cambiaron: un Rey, ó mejor, toda una familia real mal avenida y vergonzosamente rendida á los pies de Napoleón, y una nación que se defiende á sí misma, que realiza esfuerzos supremos para mantenerse independiente, no podían menos de dar como resultado el despertar, aunque de un modo incompleto é indeciso todavía, del sentimiento de la personalidad política de la colectividad (1). Por otra parte, coadyuvaban,

---

el Consejo de Regencia. Madrid 1808 (publicado como anónimo), y otros opúsculos como el que firma *Un Español* (1810), bajo el título de *Preliminares á la Constitución para el Reino de España;* el de J. C. A. (José Canga Argüelles acaso), sobre *Reflexiones sociales é ideas para la Constitución española que un patriota ofrece á los Representantes de Cortes* (1811), y el *Proyecto de Constitución* de Florez Estrada, impreso en Berminghan (1810). Además, deben verse las discusiones de las Cortes mismas, así como los términos de algunos de los poderes de los diputados ó representantes. Véase, por último, *La Memoria á sus compatriotas,* y la *Consulta de la convocación de las Cortes por Estamentos,* de Jovellanos.

(1) Este abandono del Rey, su divorcio entre él, que se hace prisionero de Napoleón I, y la nación que lucha *sin el Rey* por la independencia, forma gran contraste con la conducta de los Reyes de Prusia, y explica, sin duda, las tendencias políticas revolucionarias, que en el fondo se acusan en la Constitución de 1812, y la separación que á la larga se afirma entre el interés dinástico y el ideal nacional.

Digitized by Google

al mismo fin, las ideas revolucionarias, que venciendo todos los obstáculos habían traspuesto los Pirineos, y poco á poco se infiltraran en el espíritu de las gentes más ilustradas del país, de aquellas gentes de aspiraciones generosas, de ideal y de corazón, que sin remedio habían de constituir desde el primer momento el núcleo político más vigoroso y fuerte.

Ahora bien: las condiciones de tan gravísimos acontecimientos, que inician en España el régimen nuevo, entrañan ya los especiales caracteres que el régimen representativo había de revestir á la larga, como régimen inseguro, de difícil instauración y viciado en sus principios fundamentales. Basta tener en cuenta, de un lado, que en España el nuevo orden de cosas no tenía *precedentes tradicionales* inmediatos, y del otro, que su primer planteamiento obedece, en el fondo, al influjo expansivo, por imitación, de lo que ocurría en la naciente democracia francesa. Los precedentes inmediatos que la tradición proporcionaba á nuestros legisladores de Cádiz, eran, en junto, el absolutismo, como dice el célebre autor de la *Teoría de las Cortes*, Martínez Marina, «la monstruosa reunión de todos los poderes en una sola persona, y tres siglos de esclavitud y del más horroroso despotismo» (1), merced al imperio de afirmaciones como aquéllas, según las que «los reyes sólo á Dios deben la corona y el cetro; la voluntad del príncipe es la ley universal del pueblo; los soberanos son dueños de vidas y haciendas, y pueden disponer de ellas y exigir contribuciones, y gravar los vasallos y pueblos á su arbitrio, y hacer las leyes y variarlas..... con otras perversas doctrinas

(1) *Teoría de las Cortes*, t. I, pág. 38 (edición de 1813).

Digitized by Google

sostenidas y propagadas por los viles factores del despotismo, autorizadas por magistrados ignorantes ó lisonjeros, y por jurisconsultos sacrificados á la vana esperanza de hacer fortuna á costa de la justicia, de la humanidad y de la patria» (1).

Sin duda este poder monárquico absorbente había contribuído á formar el núcleo político y aun étnico de la nacionalidad, pero creando á la vez una tradición de absolutismo personal, que había de ser un obstáculo psicológico grandísimo para instaurar normalmente el régimen jurídico representativo. Por otra parte, no debe olvidarse nunca que la producción, por *injerto*, de semejante poder, bajo los Austrias y Borbones, se efectuó á costa de la desaparición completa de instituciones tan genuinamente nacionales, tan de la propia tierra de los diferentes Estados hispano-cristianos que se formaron en la obra de la Reconquista, como las Cortes, desaparición que provocó aquel cambio de orientación política, en virtud del cual en España, análogamente á lo que sucedió en Francia, se siguen derroteros distintos, por completo, de los seguidos, á partir de orígenes y supuestos semejantes, en Inglaterra (2). España, en verdad, la España de los siglos medios tenía condiciones que auguraban en el porvenir el desarrollo espontáneo (*á la inglesa*.....) del régimen representativo, de clases al principio, individual y colectivo más tarde; pero el influjo extraño, que significa el triunfo del poder real sobre las Cortes (3), determinó la implantación

(1) Obra citada, pág. 35 del tomo I.

(2) Véase Macaulay, obra citada.

(3) Es interesante, á este propósito, hacer notar que la historia política de España, en los siglos medios, puede resumirse en ciertos respetos

Digitized by Google

de instituciones radicalmente distintas, las cuales son las mismas que, decadentes ya hasta el extremo, sin savia alguna y sin ideal nacional que representar, tuvo que destruir la nación española, cuando en 1808 y 1812 se afirmó como personalidad política que se siente soberana.

El desenvolvimiento de las instituciones á que acabo de aludir en la historia patria, con los supuestos de la falta absoluta del precedente inmediato, para el régimen representativo y de la existencia de un antecedente remoto, en la época del florecimiento de las Cortes, explican también las tendencias que procuraré desentrañar y señalar como reinantes en las primeras manifestaciones del régimen constitucional, en 1812, cuando bajo el influjo de las ideas revolucionarias modernas, los legisladores *pretendían restaurar* la pureza del derecho patrio, y lo que hacían era provocar un derecho nuevo.

Pero luego trataremos de esto con el debido detenimiento.

3. Ahora es necesario que, antes de penetrar de lleno en el movimiento nacional que produce la primera afirmación solemne del derecho constitucional patrio, nos refiramos á cierto precedente inmediato, de valor muy especial, de significación muy interesante, por cuanto es uno de los síntomas reveladores de la fuerza expansiva de la idea de la Constitución escrita, y además un intento frustrado de instauración en España del régimen representativo cons-

---

como una lucha entre el poder real y las Cortes. Acerca de esta época véase Oliveira Martins, *Historia de la civilización ibérica;* véase Colmeiro, *Introducción á las Cortes de León y de Castilla.*

Digitized by Google

titucional bajo el poder napoleónico. Aludo, como se comprenderá, á la Constitución de Bayona de 1808.

La elaboración de este célebre documento, es, sin duda, una de las páginas más desfavorables para la dinastía borbónica. La Corona de España, de manos de Carlos IV, príncipe inepto, y de su hijo, Fernando VII, príncipe más inepto aún, pero á la vez más pérfido y el más ingrato de los príncipes..... pasara, por abdicación vergonzosa, á las de Napoleón, el Emperador de los franceses. Éste, que por entonces se consideraba como dueño, señor y director de los destinos de Europa, entregó la corona á su hermano José, dándole, con la intervención de una Junta llamada *española* y *nacional*, reunida en Bayona (Julio de 1808), una Constitución política para ley del gobierno del Estado.

Es preciso notar en esta Constitución: primero, las circunstancias del momento en que se promulga, y segundo, las afirmaciones que contiene y los principios que implica, á más de otros detalles. Las circunstancias son especialísimas. La nación española está desorientada. Un régimen político cae por su propio peso; reina la desorganización más completa; la Constitución de 1808 es uno de los dos intentos para reconstruir el Gobierno, según los principios de la época, y apelando al sistema francés de las Constituciones escritas.

En cuanto al contenido de la Constitución, respecto de los extremos indicados, conviene notar: 1.°, que es una Constitución *afrancesada;* 2.°, que tiene el carácter y alcance de un pacto, pues según el preámbulo, la Constitución se ha de guardar esta «.....como base del *pacto* que une á nuestros pueblos con Nos, y á Nos con nuestros pueblos»; 3.°, que se crea una nueva legalidad dinástica, con la ley

Digitized by Google

sálica por regla hereditaria; 4.°, que afirma y garantiza con una organización, al parecer fuerte, el respeto á los derechos del hombre; 5.°, que, no obstante su carácter francés, se procura recordar las antiguas instituciones españolas (las Cortes), y 6.°, que crea expresamente el Ministerio, organizando un Senado, guardián de los derechos políticos, y un Consejo de Estado.

4. Prescindiendo de la Constitución de Bayona, y fijándonos ya en el desarrollo más genuinamente español del derecho constitucional, cabe distinguir un primer período de instauración violenta y disputada del nuevo régimen, desde 1812 á 1837, el cual período entraña, como luego veremos, etapas diversas. La lucha entonces se entabla de un modo sanguinario y terrible, por lo tenaz y fuerte, entre los dos ideales: el del *pasado*, que implica la negación absoluta del derecho moderno, y el nuevo. Fuera ya de este primer período, pueden señalarse como fechas culminantes, por lo que respecta á la evolución del derecho constitucional escrito, y como manifestaciones de cambios políticos radicales, dentro del régimen nuevo, las siguientes: 1837 (Constitución de esta fecha, reforma y mejoramiento de la de 1812), 1845 (Constitución doctrinaria de esta fecha), 1854-56 (Constitución *non nata* de esta fecha última y varias reformas posteriores), 1868 (Revolución, Constitución de 1869, reconstrucción democrática del Estado), 1873 (La República, proyecto de Constitución).

5. Según acabo de indicar, la iniciación verdadera del régimen de las Constituciones escritas en España está en la Constitución de 1812. Ya hemos señalado en qué circunstancias se redacta, discute y promulga. Es, en verdad, una obra esencialmente nacional, en cuanto se hace por

Digitized by Google

una Asamblea genuinamente española, que se reune por movimiento espontáneo social, para la defensa de la integridad del territorio, y en cuanto el propósito capital, como demostraré luego, de los legisladores, era restaurar las tradiciones españolas puras en el gobierno del Estado. En realidad, atendiendo á su significación política fundamental, la Constitución es el resultado del *acto imperativo*, por el cual la nación se afirma reflexivamente, como persona y como soberana y dueña de sus destinos, ante el extranjero y ante su conciencia propia.

Pero veamos los problemas capitales que esta Constitución entraña. Desde luego dejo á un lado el debatir el concepto del Estado que supone, pues cabe decir respecto de él lo que en general queda dicho del Estado como Estado *constitucional*. Importa más especialmente penetrar en el espíritu del derecho implícito en esta Constitución, y ver si responde su redacción al propósito de sus legisladores, y si éstos tenían real y verdaderamente idea del fin que realizaban. Los legisladores de Cádiz querían, sin duda, plantear el régimen jurídico representativo en la nación española; pero al redactar el célebre Código de 1812, intentan *expresamente* restaurar las instituciones fundamentales del país, á saber, la Monarquía templada y las Cortes, con el principio de la soberanía nacional. Es, sin duda, interesantísimo investigar si los legisladores traducen al articulado de la Constitución ese intento. Después de todo, el estudio del problema implica la determinación de otro más general, cual es si el régimen representativo es planta totalmente nueva en España, que surge por imitación y por las circunstancias del momento, como en Francia, según hemos indicado, ó bien si, por el contrario, es lo que los

Digitized by Google

legisladores de Cádiz pretendían, una verdadera restauración. Pero antes veamos dónde y cómo consta esta creencia y aquel intento. Para ello debemos analizar brevemente el *Preámbulo* ó *Discurso preliminar*, leído en las Cortes al presentar la comisión de Constitución el proyecto de ella.

6. ¡Hermoso trozo de literatura política el citado Preámbulo! Refléjase en él, en sus párrafos entusiastas y sinceros, en sus afirmaciones atrevidas é inocentes, en su estilo pomposo y brillante, la idiosincrasia moral de la Asamblea que redacta la Constitución, y el espíritu de la época imbuído por las doctrinas imperantes en la Francia revolucionaria; Rousseau y Montesquieu, los *Padres* de la Revolución francesa, son los inspiradores del Preámbulo á que aludimos. En él se resume el saber político de aquellos tiempos.

Y sin embargo, ese discurso preliminar, que todo eso supone y significa, contiene afirmaciones templadas de un alcance conservador indudable. «Nada ofrece, se dice en él, la comisión en su proyecto que no se halle consignado del modo más auténtico y solemne en los diferentes cuerpos de la legislación española, sino que se mire como nuevo el método con que ha distribuído las materias, ordenándolas y clasificándolas para que formasen un sistema de ley fundamental y constitutivo en el que estuviese contenido con enlace, armonía y concordancia cuanto tienen dispuesto *las leyes fundamentales de Aragón, de Navarra y de Castilla*, en todo lo concerniente á la libertad é independencia de la nación, á las fuerzas y obligaciones de los ciudadanos, á la dignidad y autoridad del Rey y de los Tribunales, al establecimiento y uso de la fuerza armada, y al mé-

Digitized by Google

todo económico y administrativo de las provincias» (1).

Más adelante, la comisión se esfuerza por demostrar que ninguna de las reputadas novedades del régimen que se preconiza, es tal novedad. Todo se halla en los historiadores aragoneses y castellanos, en los Zurita, Blancas, Angleira y Mariana, y en los cuadernos de Cortes. Para comprobar que nada es nuevo, dice el discurso preliminar: «La comisión no necesita más que indicar lo que disponía el Fuero Juzgo sobre los derechos de la nación, del Rey y de los ciudadanos, acerca de las obligaciones recíprocas entre todos de guardar las leyes, sobre la manera de formarlas y ejecutarlas, etc., etc. La soberanía de la nación está reconocida y proclamada del modo más auténtico y solemne en las leyes fundamentales de este Código. En ellas se dispone que la corona es electiva; que nadie puede aspirar al reino sin ser elegido.....; que el Rey debe tener un derecho con su pueblo.....; que las leyes se hagan por los que representen á la nación juntamente con el Rey.....» (2). Pasa luego con el mismo objeto revista la comisión á las leyes de Aragón, de Castilla y de Navarra, insistiendo sobre aquellas instituciones que caracterizaron á sus Gobiernos como Gobiernos templados, para llegar á confirmar de nuevo que su propósito no es otro que entresacar de las leyes y colecciones dispersas y desordenadas, las disposiciones que más en armonía están, prescindiendo de lo que acusa un criterio contradictorio y negativo. El Fuero Juzgo

---

(1) *Constitución de* 1812 (Madrid, 1836); *Discurso preliminar*, páginas 123 y 124.

(2) *Constitución de* 1812 (Madrid, 1836); *Discurso preliminar*, páginas 126 y 127.

Digitized by Google

citado, Las Partidas, el Fuero Viejo, el Fuero Real, el Ordenamiento de Alcalá, el Ordenamiento Real y la Nueva Recopilación, son, en sentir de aquéllos, *meros compiladores* (?), las fuentes en que se inspiran ó beben.

7. Pero ¿puede admitirse como buena la doctrina que las declaraciones copiadas implican? Sin duda alguna, el propósito era sincero, mas los tiempos exigían de los legisladores resultados prácticos muy distintos; así que, aun cuando se esforzaban aquéllos por restaurar tradiciones añejas y gloriosas, lo que hacían era obra esencialmente revolucionaria y derecho esencialmente nuevo. Con citas del mismo discurso preliminar, con el carácter general de la Constitución, y sobre todo, con las declaraciones contenidas en el articulado, se demuestra esto hasta la evidencia.

Vese, en efecto, el influjo de los principios abstractos, de los procedimientos sistemáticos revolucionarios, cuando la comisión afirma «que la Constitución española debe ser un sistema completo y bien ordenado, cuyas partes guarden entre sí el más perfecto enlace y armonía» (1). Vese luego el influjo directo de Montesquieu, cuando la citada comisión afirma la necesidad de dividir la autoridad en legislativa, ejecutiva y judicial, pues «la experiencia ha demostrado hasta la evidencia, que no puede haber libertad ni seguridad, y por lo mismo, justicia ni prosperidad, en un Estado en donde el ejercicio de toda autoridad está reunido en una sola mano; su separación es indispensable.....» (2).

8. Pero prescindiendo de estas citas del discurso preliminar; el carácter general de la Constitución, como afir-

(1) Lugar citado, pág. 133.
(2) Idem, páginas 135 y 136.

Digitized by Google

mación solemne de una Asamblea constituyente, análogo en muchos respectos al de la Constitución de 1791, denuncia á todas luces su índole esencialmente revolucionaria é innovadora.

Por otra parte, sus proporciones son extraordinarias. En este punto la Constitución se propone rehacer totalmente el Estado de arriba abajo. Así comprende, no sólo lo que es común y corriente que comprendan hoy las Constituciones escritas, sino lo que suele denominarse legislación *orgánica*, y algo más todavía. En efecto; consta la Constitución de *trescientos ochenta y cuatro* artículos, divididos en diez títulos, de los cuales el I, II, III, IV, VIII y X contienen, tratándolos siempre con minuciosidad, los principios de derecho estrictamente constitucional; y los V, VI y VII los asuntos que suelen comprenderse en las leyes orgánicas. Más aún: dentro de los títulos genuinamente políticos, el III (artículos 111 al 127) contiene lo que se lleva hoy al reglamento interior de las Cortes y (artículos 23 al 103) la ley electoral. Después de todo, los restauradores de las leyes del Fuero Juzgo y demás Códigos antiguos, no hacían sino proceder como los legisladores franceses de 1791, cuya Constitución tiene también proporciones desmedidas.

Y no podía ser de otra manera lo mismo en Francia que en España. El absolutismo había organizado todo el Estado según sus necesidades y aspiraciones: el principio que se afirmaba con el nuevo derecho político (la soberanía nacional) exigía condiciones nuevas en la organización de los poderes públicos. Además, España, al choque violento con el extranjero, se había desorganizado casi por entero, y por entero tenía que ser reorganizada.

Digitized by Google

9. Pasemos ya al articulado. La prueba de la índole revolucionaria y moderna, del carácter de novedad de la Constitución de 1812, aparece ahí en su plenitud. Respírase, en efecto, en todo él aquel espíritu expansivo, humanitario, inocente á ratos, bonachón y recto, propio de la Revolución francesa en sus comienzos, mezclado con las ideas dominantes en el clero y en los letrados de entonces. Por de pronto, se pueden señalar muchas disposiciones del Código español que son traducción casi literal de otras análogas del Código de la Constituyente de Francia. Por ejemplo, el cap. I del título I del primero de los Códigos inspírase sin duda en los artículos 2.° y 3.° del segundo; el cap. III del título II, referente al Gobierno, de la Constitución de España, es el título III de la de Francia, el cap. IV del mismo título de la Constitución de 1812 es el título II de la de 1791, etc., etc.

Por otra parte, ¿dónde, ni por qué pueden considerarse como tradicionales en España, en la España de los siglos medios, que todavía no es una nación, cuyos Estados son Estados *corporativos*, de clases, las afirmaciones políticas siguientes?: «Las Cortes por sí mismas decretan y *sancionan* la Constitución (encabezado); la nación española es libre é independiente, y no es ni puede ser patrimonio de ninguna familia ni persona (art. 2.°); la soberanía reside esencialmente en la nación, y por lo mismo pertenece á ésta exclusivamente el derecho de establecer sus leyes fundamentales (art. 3.°); el objeto del Gobierno es la felicidad de la nación, puesto que el fin de toda sociedad política no es otro que el bienestar de los individuos que la componen (art. 13); el Gobierno de la nación española es una Monarquía moderada hereditaria» (art. 14), y otras por

Digitized by Google

este estilo y en esta forma dogmática y solemne. No, nada de esto es tradicional en España, sino de un modo muy remoto. Es todo derecho político francés, como otras cosas son remedos de la Constitución inglesa: por ejemplo, la división de los poderes (artículos 15, 16 y 17), y otras más, manifestaciones espontáneas del tiempo, de aquel tiempo en que se creía con una buena fe, admirable, tan admirable como equivocada, en la eficacia jurídica de las grandes afirmaciones categóricas. ¡Quién no recuerda aquella afirmación que ha provocado la risa de tantos escépticos, según la que «el amor á la patria es una de las principales obligaciones de todos los españoles, y asimismo el *ser justos* y *benéficos*» (artículo 6.°); y aquella otra en virtud de la cual se declara que «la Religión de la nación española es y será *perpetuamente* la católica, apostólica romana, *única verdadera!*» (Art. 12.)

Pero aun hay algo que señala de un modo más ostensible todavía el carácter nuevo, del tiempo ó del porvenir, de esta Constitución de 1812. Es la organización de las Cortes. Precisamente al regular la institución tradicional por excelencia de la antigua España, es cuando los legisladores se apartan más de la tradición y van más lejos en la aceptación de las nuevas condiciones sociales y políticas. La misma comisión al llegar en el discurso preliminar á las Cortes, procura razonar lo que hace; esto es, organizar la representación *sin brazos ni estamentos*. La comisión insiste valerosamente en que esto no es una innovación y lo razona; no logra convencernos de que no hay innovación ahí, aunque sí logra algo más, á saber: que no era posible restaurar la representación con *brazos y estamentos*, porque habían cambiado radicalmente las circunstancias, y el Estado,

Digitized by Google

de feudal y corporativo, se había hecho nacional é individualista. Léase además el título III de la Constitución. En primer lugar, se dice en el art. 27 (1): «Las Cortes son la reunión de los diputados que representan la nación, nombrados por los ciudadanos»—los *procuradores* de las ciudades, *delegados* cada cual de la suya, han desaparecido. Más adelante el art. 29 añade: «La base para la representación nacional es la población»—pero no de la población corporativamente considerada, sino que, como indica el art. 31 al disponer que «por cada 60.000 almas de la población habrá un diputado á Cortes», considerada numéricamente como masa, como el *Pacto Social* la consideraba; con lo que falta la base corporativa, característica esencial de las Cortes tradicionales. ¿Quién, en vista de todo esto, á no desconocer en absoluto la organización de las antiguas Cortes españolas, podrá afirmar que hay en la Constitución de 1812 nada que á restauración se parezca? Martínez Marina, uno de los hombres más ilustres de aquel tiempo, lo ve perfectamente, cuando aplaude esos preceptos constitucionales, porque prescriben que la representación nacional sea proporcionada á la población, afirmando luego que «en lo antiguo no se guardaba esta igualdad, porque las elecciones se hacían en razón del número de concejos y no del de los habitantes» (2).

Por último, hay otra novedad importantísima que tam-

(1) Análogo á lo dispuesto en la Constitución francesa de 1791.

(2) *Teoría de las Cortes*, pág. 214. He tratado este asunto desde el punto de vista de las consecuencias para el Estado moderno al señalar su exagerado carácter individualista y mecánico, en mis *Estudios sobre el Régimen parlamentario en España*, pág. 119 y siguientes.

Digitized by Google

bién sale de los límites de la tradición y que representa una afirmación más del derecho moderno. Me refiero al procedimiento ordenado en el título x para hacer variaciones en la Constitución del Estado.

10. Mucho se ha discutido, por quienes opinaban fundadamente, contra el parecer de los legisladores de Cádiz, que la Constitución entrañaba el desconocimiento del precedente histórico y la variante revolucionaria de la organización política, acerca de la oportunidad del intento realizado, y mucho acerca de su bondad. No es posible aquí ni resumir la discusión ni tampoco razonar un juicio. Dado el propósito del presente TRATADO, la Constitución de 1812, buena ó mala, oportuna ó no, tiene para nosotros una importancia capital. Es el reconocimiento expreso, el primero de carácter solemne, del cambio efectuado en las ideas políticas y en la organización social. Que legislaban aquellos entusiastas miembros de la Asamblea de Cádiz para un pueblo ideal; que no se adaptaban á las condiciones reales y positivas, sin duda; pero estaba esto en la atmósfera; vivían, después de todo, en las corrientes del tiempo y según la moda dominante. Por otra parte, aunque la Constitución en sus detalles era impracticable é ineficaz, como pasa con la mayoría de las leyes, ¿quién puede, á no estar ciego por la pasión política, desconocer que aquellos iniciadores del nuevo régimen tuvïeron el certero presentimiento del porvenir? Pues qué, á partir de la Constitución de Cádiz, ¿no va cuesta abajo el absolutismo? ¿No estamos aún hoy dentro del impulso dado por ella en la orientación política moderna, al ideal del Estado?

Fijémonos muy especialmente en que la Constitución de 1812 significa el cambio radical en el principio de la

Digitized by Google

soberanía, y la aplicación á la vida del Estado, del derecho, como ley de conducta de los poderes públicos. Partiendo de los supuestos que estos significados implican, se comprende el valor histórico que el Código citado tiene, para comprender la manera como se verifica la implantación del régimen constitucional entre nosotros.

ARTÍCULO II.

El desenvolvimiento histórico.

1. Sería impropio, á más de ser imposible, exponer aquí los términos del desenvolvimiento histórico constitucional con aquellos detalles que una obra de otras proporciones y propósitos exigiría. No debe olvidarse un momento que no se intenta explicar la formación del derecho constitucional con aquel detenimiento que la historia pide, cuando la historia se hace por sí misma, por su valor intrínseco. En el presente trabajo la historia se presupone hecha y además sabida, y se alude á su curso tan sólo, prescindiendo de su trama psicológica, para recoger sus resultados y fijarse en aquellos acontecimientos salientes que señalan los momentos críticos de la evolución constitucional.

2. Dado esto, debo advertir que, prescindiendo de todo género de consideraciones explicativas de los cambios políticos ocurridos desde 1814 á 1868 y de 1868 á 1874, lo que importa es señalar la dirección que en definitiva sigue el derecho constitucional español. Interpretando todo el pa-

Digitized by Google

sado por el presente, ó mejor, el significado de los acontecimientos todos por su resultante *de hecho*, puede afirmarse que la dirección seguida entraña una tendencia interna, vigorosa y fuerte, animada por excitaciones exteriores ejercidas con la atracción del ejemplo y por ley de imitación, hacia un planteamiento cada vez más firme en sus apariencias, y en el fondo de más alcance, del régimen representativo.

Esta dirección no se ofrece esquemáticamente como una línea recta, sino como una línea muy quebrada, por mil sitios, en razón de los vicios que la idea constitucional adquiere en España, merced á prejuicios tan funestos como invencibles. Las épocas y fechas indicadas en el *Artículo* anterior (núm. 4) indican muchas de los altos y bajos de la dirección aludida. Pero conviene notar que, á pesar de todas las caídas, la dirección y su tendencia dominante se han mantenido y acentuado, hasta el punto de que los retrocesos hacia las instituciones é ideales del pasado han sido cada vez menos completos, menos puros, no llegando nunca al punto de partida.

3. Vese esto muy claro con definir los términos sucesivos y distintos de las luchas políticas que la evolución constitucional supone, en las diferentes épocas antes señaladas (número 4 citado).

Á partir de la Constitución de 1812, la primera ó las primeras reacciones (1814 y 1823) van desde luego hasta la negación ostensible y oficial del nuevo derecho. 1814, señala el triunfo del esfuerzo nacional por la independencia, y como contraste, triste por cierto, con la liberación de Fernando VII, la abolición violenta y apasionada de la Constitución de 1812 por este monarca, tan ingrato como

Digitized by Google

versátil y escéptico (1) y poco aprensivo (2). Con la abolición de la Constitución se restaura el absolutismo y se dejan sin efecto todas aquellas reformas que las Cortes hicieran, para borrar de las leyes españolas derechos absurdos y privilegios injustificables.

Sabido es como en 1820 se sublevó Riego en Cabezas de San Juan, verificándose así el primero de los *pronunciamientos* que tanto papel van á desempeñar en nuestra historia moderna, sin duda porque hay en la sangre española un gran lastre de absolutismo, inevitable, que se manifiesta hasta para afirmar las libertades políticas exteriores, y porque no hemos sido capaces, por eso mismo, de encauzar desde el primer momento las corrientes populares, de modo que espontáneamente y por procedimientos jurídicos se hicieran sentir y respetar.

El *pronunciamiento*, es decir, el movimiento de unos cuantos soldados que se sublevaron contra el Gobierno absolutista, se impuso al Rey y determinó la proclamación de la Constitución de 1812, la reunión de Cortes y la continuación de la obra de las Cortes de Cádiz. De 1820 á 1823 se encierra una de las etapas del primer período á que ahora nos referimos (1812-1833). El gran poderío que por entonces tenía en toda Europa la reacción anticonstitucional triunfante, impidió al movimiento iniciado por Riego arraigar. Los 100.000 hijos de San Luis, como los llama

---

(1) El Rey dió un Manifiesto *declarando por nula y de ningún valor ni efecto la Constitución de las llamadas Cortes generales y extraordinarias de la Nación.* (Véase Fernández Martín, obra citada, t. II, pág. 856 y siguientes.)

(2) Véase L. Alas. *Alcalá Galiano.* Conferencia.

Digitized by Google

Galdós, que, al mando del Duque de Angulema, pasaron la frontera, acabaron con el nuevo estado de cosas, y en 1823 el Rey volvió con cariño al régimen absolutista, *borrando* de la historia los *tres mal llamados* años (1820-23).

De 1823 á 1833 es la última etapa del absolutismo como régimen efectivo, que al final sufre ya, por influjo de las ideas reinantes, no pequeñas atenuaciones (de 1830 á 1833).

La muerte de Fernando VII cierra este primer período. ¿Cómo se caracteriza desde nuestro punto de vista? Pues como período de lucha tenaz entre el *absolutismo* y el *constitucionalismo*. Hay durante todo él, frente á frente, dos afirmaciones radicalmente opuestas: la del régimen *antiguo*, que se defiende, y la del régimen *moderno*, que pugna por imperar. Aparte esto de otras tendencias intermedias que claman, sin éxito alguno, por una restauración templada de las instituciones aquellas que los legisladores del 12 pensaban restaurar al traducir más ó menos *libremente* la Constitución francesa de 1791.

4. Veamos ahora de qué manera cambian los términos de la lucha.

Á la muerte de Fernando VII, la oposición que entrañan las dos afirmaciones, *absolutista* y *constitucional*, empieza á resolverse decididamente en favor de la segunda. Conocidas son de todos las condiciones en que esto se efectuó y por qué caminos. En la apariencia se trata al principio de ventilar una cuestión dinástica. Muerto Fernando VII sin dejar hijo varón y sí hembras, surgió la lucha sobre si debía sucederle en el trono el infante D. Carlos (que se tituló Carlos V), ó bien su hija Isabel II. Los hechos, tras largas contiendas, decidieron el pleito en favor de esta última, la cual fundaba sus derechos en la ley hecha en

Digitized by Google

Cortes por Carlos IV en 1789 y promulgada tardíamente por pragmática de Fernando VII, el 29 de Marzo de 1830, ley y pragmática que venían á abolir la ley de 1713 de Felipe V, que introdujo en España la llamada *Ley Sálica* (1), declarando vigente, como norma para suceder al trono, la Ley 2.ª del tít. xv de la Partida II. Por su parte, Carlos invocaba la falta de vigor verdaderamente *legal* de la ley de 1789 y pragmática de 1830, acogiéndose á la Ley Sálica.

No es posible entrar aquí á discutir las cuestiones que la determinación de los derechos (?) respectivos, alegados por Isabel II y Carlos V, entrañan realmente, ni para nuestro propósito, ni para explicar el derecho constitucional español, importa eso nada ya hoy. Hablar, en verdad, de derechos patrimoniales subsistentes por sí, á la jefatura del Estado de un Gobierno que pretende ser representativo, sin atender á su apoyo y sostén, tácitos ó expresos, en las decisiones de la opinión pública, y en la determinación del Estado mismo, como soberano, cosa es por demás contradictoria é injustificable. Ni D. Carlos ni D.ª Isabel podían, en rigor, debatir *acerca* de sus derechos, sino acerca de la dirección tomada por la opinión y de las preferencias nacionales en pro de una de las dos ramas dinásticas.

Ahora bien; prescindiendo de las apariencias que incitan á reducir á términos de un pleito privado el debate político sobre la persona que había de representar la unidad y majestad del Estado, lo que al fin ocurrió á la muerte de

(1) Véase el interesantísimo trabajo que acerca de los orígenes y significado de la *Ley Sálica* escribió Sumner Maine, publicado en uno de los tomos de sus preciosos estudios sobre el derecho antiguo.

Digitized by Google

Fernando VII, fué lo mismo que acabo de indicar. Don Carlos reunió á su alrededor los partidarios del régimen antiguo absolutista; D.ª Isabel II, á los partidarios del régimen constitucional; y la guerra civil, tenaz y sangrienta que entonces estalló, fué guerra entre las dos tendencias políticas indicadas.

5. Esta lucha á mano armada, ocurrida, por tanto, fuera del terreno de la legalidad, señala la honda crisis de las instituciones constitucionales, las cuales, en virtud del advenimiento inmediato al trono de D.ª Isabel II, se implantan al fin de un modo que se puede conceptuar hasta hoy definitivo, como instituciones del Estado. Los acontecimientos que determinan esta implantación, aparte del triunfo que á la larga obtienen los ejércitos liberales en el campo de batalla, indican la repugnancia que D.ª María Cristina sentía hacia el régimen representativo. Su manifiesto, dado para desarmar á D. Carlos, lo prueba, como lo prueba el intento que significa el célebre Estatuto Real de 1834.

En efecto; el Estatuto Real, especie de *Carta otorgada*, al modo de la francesa de 1814, implica un acto personal de Rey absoluto, que se conceptúa soberano, y que convoca, en virtud de antiguas leyes, las Cortes generales del reino, señalando por sí y ante sí sus facultades, sus derechos, su modo de proceder, en fin, todo, y sin contener nada de lo que supone una declaración de derechos, como garantía enfrente de los poderes oficiales.

Como ocurre siempre en casos análogos, el Estatuto Real, que no se decidía abiertamente por los elementos progresivos, adheridos al trono, pero que no satisfacía á la tendencia opuesta, no contentó á nadie, así que su existen-

Digitized by Google

cia fué precaria y efímera, viniéndose á tierra al primer embite de los *pronunciamientos* que impusieron á la Reina Gobernadora en la Granja la promulgación de la Constitución de 1812, y la convocatoria de las Cortes constituyentes que redactaron la Constitución de 1837.

6. Es importantísima esta Constitución por varias razones. En primer lugar cierra con ella cierto período, que en la dirección señalada como resultante general del desenvolvimiento constitucional español, puede considerarse como transitorio: transitorio del absolutismo al régimen constitucional, aun no definido, ni mucho menos. Además inicia la promulgación de la Constitución citada una serie de períodos políticos, los cuales se caracterizan, porque los términos de la lucha se contraen, dentro de una insegura y difícil legalidad, al modo y alcance del régimen constitucional, admitido en general, después de dominada la guerra sobre todo, como un supuesto imprescindible. Á partir de 1837, no hay ya más restauraciones absolutistas, como las de 1814 y 1823; el debate y las contiendas, violentas muchas veces, se entablan y sostienen sobre la índole fundamental de la Constitución escrita, y sobre el tanto ó el cuanto de las atribuciones del poder y las aspiraciones de la libertad. La acentuación del sentido que he indicado como dominante en la dirección de nuestro derecho político hacia el constitucionalismo, aparece ahí bien clara. Por fin, importa esta Constitución, porque representa durante bastantes años, hasta que la revolución francesa de 1848 provocó la formación de las grandes corrientes democráticas, el programa definido de una de las dos tendencias que en el reinado de D.ª Isabel II se disputan el poder, esto es, la tendencia *progresiva* ó *progresista* con su

Digitized by Google

afirmación solemne y expresa del principio revolucionario de la soberanía nacional.

7. Pero si ha de ser útil verdaderamente el estudio de la Constitución de 1837, toda vez que sus principios son los de la de 1812, si bien depurados y más definidos (1), es preciso considerarla comparativamente con aquel otro Código político, que representa en el reinado de D.ª Isabel II la otra tendencia constitucional. De esta suerte se verá todavía más clara la dirección general que venimos señalando, en la evolución política de España en el presente siglo.

En efecto; la Constitución de 1837 entraña como programa de las aspiraciones del partido progresista, es decir, del partido que más genuinamente representó en España las afirmaciones revolucionarias, la consagración de ciertos principios y supuestos del derecho moderno, con un radicalismo tal, que no cabe en el Código de 1845, programa del partido moderado; es decir, del partido que recogiendo á su modo especial los principios tradicionales, favorables al brillo y poder personal del monarca, acepta ó se resigna, á aceptar, la imperiosa necesidad del régimen constitucional, atenuando, por medio de componendas, las afirmaciones del derecho político revolucionario.

La Constitución de 1837 es obra de unas Cortes de carácter verdaderamente constituyente; la de 1845 de Cortes que no tienen el mismo carácter. La Constitución de 1837 es un acto *imperativo* de la soberanía nacional; lo expresa bien claramente su preámbulo al decir: «Que las Cortes ge-

(1) La Constitución de 1837 es mucho más reducida que la de 1812. Mientras ésta tenía, según vimos, 384 artículos, la de 1837 tiene sólo 77 y dos adicionales.

Digitized by Google

nerales han *decretado* y *sancionado*, y Nos, de conformidad, *aceptado* lo siguiente: Siendo la voluntad de la nación revisar, *en uso de su soberanía*, la Constitución política promulgada en Cádiz en 19 de Marzo de 1812, las Cortes generales, *congregadas á este fin*, *decretan y sancionan* la siguiente Constitución de la Monarquía española.» La Constitución de 1845 es un pacto, una componenda entre el Rey y la representación popular; el preámbulo lo afirma: «Siendo, dice, *nuestra voluntad* (la de la Reina) y *la de las Cortes* del reino, regularizar y *poner en consonancia con las necesidades actuales del Estado los antiguos fueros y libertades* de estos reinos, y la intervención que las Cortes han tenido en todos tiempos en los negocios graves de la Monarquía..... hemos venido, *en unión y de acuerdo* con las Cortes actualmente reunidas, en *decretar y sancionar* la siguiente Constitución.....» Según la primera de las dos Constituciones, la nación soberana es el supuesto de la Constitución. Según la segunda, que traduce fielmente el sentido doctrinario, la Constitución es obra del Rey, soberano, y de las Cortes, partícipes de la soberanía. El Rey y las Cortes representan los elementos esenciales de la Constitución interna é irreformable.

Estas diferencias capitales se reflejan, naturalmente, en el articulado. Tenemos, en primer término, el tít. 1, que contiene la parte dogmática. Hay en la Constitución de 1837 la designación del Jurado para delitos de imprenta (1), cosa de que no se acuerde la de 1845. Establécese en aquélla con la unidad de Códigos y la unidad de fueros (2), pres-

(1) Art. 2.°
(2) Art. 4.°

Digitized by Google

cindiéndose en la otra de esto último (1). Pero donde las diferencias se acentúan más es en la parte orgánica. Prescindiendo del carácter que pudiéramos llamar *post*-constitucional de la Monarquía, en el Código de 1837, y *pre*-constitucional de la misma en el Código *moderado*, tenemos en la organización de las Cortes en dos Cámaras, contra lo que hacía la de 1812, que estableció la Cámara única, la diferencia, *primero*, en punto al Senado, que tiene un origen popular indirecto en la Constitución de 1837 (2), mientras es de nombramiento Real en la de 1845 (3); *segundo*, en lo tocante al Congreso, pues en tanto que la del 37 deja á la ley la determinación de las condiciones de aptitud para ser diputado (4), la del 45 las fija desde luego (5), y si en una dura el mandato *tres* años (6), en la otra dura *cinco* (7); *tercero*, respecto de las facultades de las Cortes, hay, en efecto, en la Constitución de 1837 el art. 27, el cual dice: «Si el Rey dejara de reunir algún año las Cortes antes de 1.º de Diciembre, se juntarán precisamente en este día, y en el caso de que aquel mismo año concluya el encargo de los Diputados, se empezarán las elecciones el primer domingo de Octubre para hacer nuevos nombramientos», artículo que no existe, *naturalmente*, en la Constitución de 1845. Además aquélla reconoce supremacía al Congreso sobre el Senado, en la votación de leyes de Contribuciones

(1) Art. 4.º
(2) Tít. III, artículos 14, 15 y 19.
(3) Tít. III, artículos 14 y siguientes.
(4) Art. 23.
(5) Art. 22.
(6) Art. 25.
(7) Art. 24.

Digitized by Google

y Crédito público (1), supremacía que en la Constitución doctrinaria quedó reducida á la preferencia en la presentación de las mismas (2)..... Por último, hay también diferencia entre ambos Códigos, en punto á la consideración de la función judicial. Repútase *poder* en el de 1837, y denomínase *administración de justicia* en el del 45 (3).

8. El paralelo brevísimo que acabo de hacer, pondrá una vez más de manifiesto la verdad de la tesis que se viene sosteniendo en este *Artículo*, sobre la tendencia y resultado de la evolución constitucional en España. El debate y las luchas políticas, que las fórmulas constitucionales suponen, implican la acentuación, en definitiva, del régimen constitucional, aun negándose y excluyéndose, como se excluyen unas á otras, tales fórmulas. En realidad, los términos contradictorios de las distintas soluciones políticas, presuponen algo de que se prescindió y combatió, por una de las tendencias dominantes de 1812 á 1833, y aun hasta 1836. Y si bien es cierto que, en determinado sentido, la Constitución doctrinaria de 1845 señala, por su carácter de pacto, de componenda, y en cuanto implica la idea del poder Real, como poder soberano, la negación de principios esenciales del régimen representativo, que la Constitución de 1837 proclamaba, un como retroceso respecto de ésta, hay que tener en cuenta, que ni fué definitivo, ni supone otra cosa que el *ritmo* mismo de la evolución progresiva. No era posible, en verdad, que España pasara de repente, y

(1) Art. 37.
(2) Art. 36.
(3) Otra diferencia de gran alcance histórico del momento, es la relativa á la organización de la Milicia Nacional, de que habla el art. 77 de la Constitución de 1837, y de que no habla la del 45.

Digitized by Google

sin tropiezo alguno, de los principios del absolutismo á los del régimen nuevo; y como no era posible, naturales son las reacciones provocadas por el cansancio revolucionario y por la fuerza del pasado, sin cesar renaciente. Pero nótese que el régimen de 1845 no es la reacción de 1814, ni la de 1823, ni siquiera el Estatuto Real, y nótese, además, que este régimen, aun dentro del reinado esencialmente doctrinario de D.ª Isabel II, sufre intermitencias tan significativas y de alcance tan grande, como la que supone el período del bienio progresista de 1854 á 1856, con la Constitución *non nata* de este último año, de la cual es preciso que ahora se hable.

9. No tiene, seguramente, esta Constitución la importancia positiva que las de 1812, 1837 y 1845. No llegó á tener vigor. Pero representa una manifestación fuerte, acaso prematura, de la tendencia que venimos señalando hacia la afirmación pura y simple (no desprovista, sin duda, de errores y prejuicios) del régimen representativo. Es, en rigor, la Constitución de 1856, un supremo esfuerzo, el primero del espíritu democrático que pretende infiltrarse directamente en la Constitución monárquica tradicional. Muéstrase este espíritu democrático: 1.°, en cuanto fué obra aquel Código de unas Constituyentes, en el amplio sentido de la palabra; 2.°, en la pureza con que afirma, en el art. 1.°, la soberanía de la nación; 3.°, en la amplitud extraordinaria y el sentido general del tít. 1; 4.°, en la consideración, muy diferente de la acostumbrada, de la Monarquía; 5.°, en la organización de las Cortes, especialmente en el origen popular del Senado; 6.°, en las facultades de éstas, que se sobreponen á todo en el Estado, y 7.°, en el procedimiento señalado para la reforma constitucional.

Digitized by Google

Ya dejo dicho que esta Constitución fué sólo un intento. No llegó á promulgarse ni á regir, por tanto, á causa de los sucesos de 1856. El período que media entre esta última fecha y la de 1868, es el período de afianzamiento del régimen constitucional doctrinario más ó menos acentuado en un sentido liberal templado, cuando impera la unión liberal, ó bien en un sentido francamente reaccionario, cuando impera el partido moderado. El *Acta adicional* de 15 de Septiembre de 1856, la reforma de la Constitución de 1845 hecha en Cortes de 1857, con más la ley derogando esta reforma en 1864, y restableciendo en toda su pureza la Constitución doctrinaria de 1845, son los documentos donde se contienen los accidentes varios por que pasa la instauración del régimen constitucional de España, hasta que un acontecimiento gravísimo, de un alcance extraordinario; la Revolución de Septiembre, determinó la transformación exterior del Estado, más radical que nuestro pueblo ha sufrido desde 1837.

10. En efecto; sin que sea necesario entrar á formular juicios políticos, que pudieran resultar apasionados, lo cierto es que en 1868 experimentó España un cambio trascendentalísimo en la manera de ser de su Gobierno, y aun de su Estado. El movimiento iniciado en 1856 al discutir la monarquía, que en el sentido que la daba el doctrinarismo imperante significaba la negación *parcial* del régimen moderno, alcanza su plenitud como consecuencia del alzamiento nacional de Septiembre de 1868, que arrojó del trono á los representantes de la casa de Borbón. Por primera vez la nación española constitucional, vióse precisada á organizar su Gobierno sin el supuesto imprescindible de una dinastía histórica preexistente, sin el supuesto inevitable

Digitized by Google

de la persona y de la forma especial de la institución, que representan la unidad del Estado. Además, por primera vez también abre España un período constituyente á la francesa, es decir, llamando á decidir sobre la forma de ordenar el Estado y su Gobierno, á la mayor suma de ciudadanos varones, según el criterio más amplio que por entonces se admitía en punto al sufragio universal. Por eso no es aventurado afirmar, que el punto más alto en el desarrollo de la tendencia indicada, que la dirección seguida por el constitucionalismo español alcanza, es quizá el corto período que prepara la redacción y promulgación de la Constitución de 1869, y esta altura se logra con tal fuerza, que después las inclinaciones contrarias que la Restauración borbónica supone, nunca llegan, ni por su crudeza, ni por su duración al ser y estado que las cosas tenían antes de 1868.

11. Pero veamos, aunque sea rápidamente, el contenido del documento en que se consagra el movimiento revolucionario, es decir, la Constitución de 1869. Es la manifestación más radical y más pura de la doctrina de la soberanía nacional no concebida al modo *orgánico* de Ahrens, sino más bien al modo francés, que entraña el influjo poderosísimo de Rousseau. El preámbulo lo indica: «La nación española, dice, y en su nombre las Cortes constituyentes, *elegidas por sufragio universal*, deseando afianzar la justicia, la libertad y la seguridad, y proveer al bien de cuantos vivan en España, *decretan* y *sancionan* la siguiente Constitución.» Según esto, la Constitución es obra del Estado; pero entendido el Estado como la nación misma, que obra por medio del sufragio universal y según el criterio de las mayorías.

La parte dogmática es amplísima. Es, en rigor, *nuestra*

Digitized by Google

verdadera *declaración de derechos*. Abarca todo el derecho de la personalidad en general y en sus manifestaciones especiales, para el fin político sobre todo. Los derechos se afirman como límites exteriores impuestos al poder.

La parte orgánica es muy completa y la más sistemáticamente ordenada de todas nuestras Constituciones. Empieza por afirmar el atributo de la soberanía en la nación á quien se refieren, y de donde se originan todos los poderes; asienta luego la forma de gobierno que la nación se da: es la monarquía, pero una monarquía representativa, en que el monarca tiene su título legítimo en la decisión nacional, y, por fin, distribuye las funciones del Estado en los órganos específicos, cuales son: las Cortes, el Rey, los Ministros y los Tribunales, señalando á continuación la organización de los poderes *legislativo*, *real*, *ejecutivo de los Ministros* y *judicial*. El último título (el XI) trata de la reforma de la Constitución, que se hace por Cortes constituyentes convocadas al efecto y á propuesta de las Cortes ordinarias ó del Rey, y sin necesidad de la sanción de éste.

Tal es, en rapidísimo resumen, el contenido de este célebre Código, de cuyo sentido democrático vivió España desde su promulgación hasta 1874, y cuyo influjo en las manifestaciones políticas ulteriores ha sido tan grande, que la Restauración hubo de conformarse á sus tendencias é ideales en una medida siempre creciente.

Refiriendo la Constitución de 1869 á la dirección que hemos señalado como dominante en el desenvolvimiento del derecho constitucional español, cabe afirmar que mediante ella los términos de la interna oposición de tendencias dentro del régimen moderno cambian, y en el sen-

Digitized by Google

tido supuesto. Si hasta 1833 hemos visto la lucha entre el absolutismo y el régimen constitucional, y desde 1837 á 1868 hemos visto la lucha entre las soluciones monárquicas por necesidad, del régimen constitucional mismo, á partir de 1868, con la transformación democrática de las instituciones todas, los términos de la lucha política tienen aun más amplio alcance, son luchas entre el doctrinarismo muy atenuado, y las tendencias á una organización del Estado plena y completamente representativo. Y puede afirmarse esto, aun á pesar de lo que en nuestra historia desdichada significa la segunda guerra civil.

12. Ofrece, por lo demás, también una completa comprobación de lo que dejo indicado, el desenvolvimiento efímero de la Monarquía democrática de D. Amadeo I, ensayo radical de un Gobierno representativo, falto de bases sociales, y el desenvolvimiento, más efímero aún, pero de mayor alcance, de la República de 1873, con su intento de Constitución federativa. Prescindamos, en verdad, de todos los motivos que existen para lamentar determinados efectos desastrosos, producidos bajo la Monarquía de don Amadeo de Saboya y bajo la República, y fijémonos en la significación *ideal* de los principios á que de un modo remoto é indirecto responden. Hay en el fondo de la una como de la otra, la manifestación imperfecta de una aspiración á organizar el Estado, sin que en la organización haya elemento alguno extraño que se conceptúe superior al Estado mismo; implican ambas la condenación del principio de la herencia, resto de las ideas feudales, como principio político, y la proclamación del principio contrario, según el cual, todas las magistraturas públicas tienen un mismo origen en la soberanía del Estado (mal entendido

Digitized by Google

esto como soberanía nacional y popular), y un mismo carácter, el de ser representativas. Pues bien; aun cuando sea fácil señalar, lo mismo en la tentativa de Monarquía democrática que en la tentativa de República, los defectos todos de la política práctica moderna, tocada del espíritu doctrinario, inspirada en la teoría igualitaria de Rousseau, formalista, sin carácter ético, con más los defectos propios del influjo invencible de la tradición española, nada favorable á las instituciones representativas, y con más las dificultades que esta tradición suscitó á las revoluciones de 1869 y 1873, no puede menos de verse en las dos tentativas indicadas, las manifestaciones más fuertes que entre nosotros se han producido del influjo general de las ideas modernas, que sin reservas ni distingos formulan la necesidad del Gobierno representativo, con sus supuestos del imperio omnímodo de la opinión pública, como órgano de todas las fuerzas vivas del país, y de la sumisión de todas las funciones del Estado á las normas del derecho, bien ó mal entendidas, generalmente bastante mal todavía.

ARTÍCULO III.

Fuentes del derecho actual.

1. Semejante en éste como en tantos otros puntos el derecho constitucional español al derecho constitucional francés, la determinación de sus fuentes entraña también la fijación de un punto de partida inicial del régimen imperante en la actualidad. En el desenvolvimiento histórico, bosquejado en el artículo anterior, hemos visto que siem-

Digitized by Google

pre y en todos los momentos, el régimen político en vigor era la consecuencia de un cambio personal en la dirección y sentido de la organización del Gobierno. Vivía éste, en efecto, en cada caso, bajo el influjo de un acontecimiento determinante, de una Constitución nueva ó de la restauración de una antigua, Constitución que, entrañando un criterio dado, imprimía este ó aquel carácter á la legislación toda, y á las prácticas de los poderes públicos. Las últimas etapas señaladas en el desenvolvimiento histórico, como etapas pasadas, y que cierran imperfectamente, sin duda, el ciclo anterior al régimen político, bajo su forma actual, son las que se pueden considerar como consecuencias de la revolución de Setiembre de 1868. Ulteriormente, y por razones histórico-políticas, que sería muy delicado exponer y juzgar, acontece en España un suceso gravísimo, que cambia muy radicalmente la marcha de la evolución política é inicia un nuevo período, aun no terminado, pues dentro de él vivimos plena y completamente. Ese suceso es la restauración borbónica en la persona de D. Alfonso XII, merced á la sublevación del Ejército, bajo la dirección de uno de los generales cuyo encargo oficial era combatir á los partidarios del pretendiente D. Carlos.

Ahora bien; esa restauración, ocurrida en 1874, es para nuestro derecho constitucional vigente lo que la instauración de la tercer República es para el de Francia: *el punto de partida*. La forma actual de Gobierno, la Constitución actual, las mayoría de las leyes políticas, las prácticas y el sentido general dominante en el Estado, todo es posterior á 1875, todo es nuevo, hasta donde en la necesaria continuidad de las corrientes históricas puede hablarse de novedad.

Digitized by Google

2. Preciso es, que antes de intentar una detallada enumeración de las fuentes de nuestro derecho constitucional vigente, digamos algunas palabras acerca del significado y alcance del cambio político á que acabo de aludir.

La restauración borbónica, que trae como primera consecuencia la proclamación de D. Alfonso XII, por abdicación de su madre destronada, como Rey constitucional de España, implica en el primer momento la negación expresa del régimen revolucionario, ya harto negado y desfigurado por el Gobierno organizado después del hecho del 3 de Enero de 1874. Teóricamente era la continuidad del régimen anterior á 1868. Pero la Restauración no podía prescindir en absoluto de las reales, y hasta cierto punto hondas, transformaciones políticas realizadas merced á la Revolución, y cuya fórmula hemos visto en la Constitución de 1869. Así que la Restauración no proclamó desde luego vigente la Constitución de 1845, como parecía natural, si de restaurarlo todo se tratara, sino que hizo una nueva Constitución, la de 1876, mediante Cortes *en realidad no constituyentes*, y dando á la Constitución en un principio el alcance y significado de una Constitución doctrinaria. Basta ver su preámbulo: «D. Alfonso XII, dice...., que *en unión* y *de acuerdo* con las *Cortes del Reino* actualmente reunidas, hemos venido en *decretar* y *sancionar* la siguiente Constitución.....»

Al pronto parece que no importa nada esta nueva Constitución, pues restaura las mismas afirmaciones que contenía el preámbulo de la Constitución de 1845. Sin duda; el carácter doctrinario lo tiene perfecto la de 1876: es como aquélla una especie de pacto entre los partícipes de la soberanía política (rey y representación nacional); implican am-

Digitized by Google

bas la sanción Real; son ambas la Constitución *externa* que supone la *interna* irreformable, y la Monarquía es en las dos anterior á la Constitución; pero nótase en la de 1876 claro y terminante el influjo de la de 1869, lo mismo en la parte dogmática, que es en la Constitución vigente mucho más amplia y flexible que en la de 1845, que en la parte orgánica, en la cual, por ejemplo, la organización del Senado es de muy otro corte en la primera que en la segunda. Por otra parte, la Constitución de 1876, redactada con cierta habilidad innegable, no implica en los detalles de la aplicación del derecho político y en las relaciones sociales, un criterio cerrado y estrecho, antes es muy abierta y acomodaticia, deja mucho á la libre acción de los poderes públicos, y al cuidado de las leyes llamadas orgánicas. Así se explica que sin variar su letra, la Constitución de 1876 haya servido como norma fundamental, más ó menos respetada, durante los primeros años de la Restauración, en que se aplicaron todas las consecuencias del doctrinarismo (1), tanto mediante las leyes restrictivas como la especial de imprenta, cuanto en las relaciones de los partidos, á virtud de la práctica distinción de los partidos en *legales é ilegales*, y luego durante los años que llevamos de Regencia, en que la política ha tomado una dirección radicalmente distinta, hacia la aceptación más ó menos atenuada de los principios de la Revolución de 1868, cual puede verse en las leyes sobre imprenta (anterior ésta ya á la Regencia), del Jurado, del Sufragio universal y otras por ese estilo, amén de la

(1) Las teorías *doctrinarias* de la Restauración han sido expuestas y combatidas por el Sr. Azcárate en su precioso libro *El Selfgovernment* y *la Monarquía doctrinaria*.

Digitized by Google

rectificación de las consecuencias de ciertos actos de terrible apasionamiento y de represión personal verificados por el primer Gobierno de D. Alfonso XII. En rigor, vivimos hoy en plena transformación política, cuyo contenido íntimo señala una vez más la realidad de la tendencia que hemos definido como dominante en todo el desenvolvimiento histórico constitucional; pues es evidente que la transformación á que aludo, implica una regresión al sentido imperante en 1869, con las rectificaciones que el tiempo y la experiencia imponen, y entrañando todas las consecuencias que suponen una deplorabilísima situación moral y un rebajamiento increible de las costumbres políticas (1).

3. Pero vengamos ya á determinar las fuentes de nuestro derecho constitucional actual, teniendo presente que se trata de una situación jurídico-política, condicionada inmediatamente por el acontecimiento indicado, y por las consecuencias de este acontecimiento neutralizadas en parte, hoy en el día, por el influjo que se ejerce por los partidos políticos que se inspiran de un modo directo en las ideas francamente revolucionarias.

He de advertir, que por lo mismo que ahora tratamos del derecho patrio, la exposición de las fuentes se hará con más amplitud y detalles, que la de los demás derechos en que nos venimos ocupando. En rigor, el ensayo más completo de una fijación de las fuentes de un derecho constitucional, es el presente.

Ante todo, se ha de recordar que es preciso ver en nues-

(1) Véase Azcárate, *El Régimen parlamentario en la práctica.* He tratado de la situación actual de nuestras desdichadísimas costumbres políticas, en los *Estudios sobre el régimen parlamentario en España.*

Digitized by Google

tro derecho constitucional, una de las ramas de su derecho positivo, determinada específicamente por referirse á la vida y organización del Estado nacional, en su condición histórica de Estado esencialmente centralizador y absorbente. En su virtud, por más que España tenga su Constitución escrita, no podemos circunscribir la esfera propia de esta rama jurídica de que tratamos á ella. Hay, en primer término, derivándose de la Constitución, una legislación política complementaria, que si no tiene todos los caracteres formales de la ley constitucional, es política, refiérese directa é indirectamente al Estado, y por tanto, es necesario comprenderla en la categoría de las fuentes. Esto, aparte del derecho no contenido ni en la Constitución ni en las demás leyes.

4. Según esto, cabe distinguir en España las dos clases de fuentes generales del derecho constitucional y de todo derecho: 1.ª, las costumbres, y 2.ª, las leyes.

La existencia de la costumbre, como fuerza latente, incesante, que transforma nuestro derecho político, es indudable. Aparte de las razones generales expuestas en otro lugar (lib. I, cap. IV), hay otras muchas especialísimas que indican y señalan el poderoso influjo de las costumbres entre nosotros, tanto en la formación de la conducta política de las gentes, que en una gran esfera de la vida, viven la vida espontánea de sus peculiares impulsos, elaborados por influjos tradicionales, ya contra la ley, ya fuera de la ley, cuanto en la práctica reflexiva constante y en el ejercicio de los poderes públicos.

En el primer respecto, puede decirse que una exposición *realista* de nuestro derecho constitucional tendría que empezar por recoger los datos efectivos de cómo se vive en

Digitized by Google

España, la vida del Estado, en todas las manifestaciones diarias de la política irreflexiva, espontánea, en el ejercicio de las funciones que se conceptúan desde cierto punto de vista, como derechos, en las contiendas electorales, discusiones de la prensa, aplicación de las leyes políticas y administrativas, etc., etc., para indicar hasta qué punto España, con su Constitución escrita y sus declaraciones solemnes, vive como Estado moderno y realiza el ideal del Estado representativo. Sólo de ese modo podríamos darnos cuenta del contenido jurídico, social, y ver hasta dónde la conciencia reflexiva del todo se penetra de la situación del Estado, de sus remedios y de sus necesidades, á más de percibir cómo se elabora entre nosotros la opinión pública y cómo influye en la marcha de los negocios públicos. Prescindir de todo esto, que no es posible formular en leyes, y que, sin embargo, es vida consuetudinaria del Estado, es prescindir de la participación del todo social en la formación y transformación del Estado mismo.

En cuanto al otro respecto, es decir, al de la práctica reflexiva y ejercicio de los poderes públicos, España vive en plena ficción monárquica constitucional. El articulado de la Constitución requiere una interpretación constante, por medio de lo que realmente sucede, á pesar de lo que la misma dispone. Por otra parte, el Parlamento, que es entre nosotros la institución política central más tradicional y permanente, que no tiene su verdadera iniciación en la Constitución de 1876, sino que es anterior á la misma revolución de Septiembre, en virtud de sus caracteres especiales, ha creado, poco á poco, una serie de prácticas propias y peculiares, que lo distinguen de los demás Parlamentos de Europa. Esto sin contar con que, merced al

Digitized by Google

carácter de la función parlamentaria, dado el régimen, para comprender la índole específica de éste, importan, de un modo excepcional, las discusiones parlamentarias, no sólo en cuanto á su forma y procedimientos, sino en cuanto á su contenido doctrinal. No debe olvidarse nunca que en los países parlamentarios, el Parlamento es un centro de elaboración política muy interesante.

5. Fuera de esto, tenemos la parte legislada, que si en muchos detalles es la expresión real de la vida del Estado español, en otros muchos también expresa propósitos ineficaces y aspiraciones frustradas del legislador. Como complemento de todo, debe señalarse, por fin, el sentido dominante é ideal, no traducido en leyes, representado por tendencias políticas más ó menos definidas, que procuran infiltrarse en la opinión pública, para dar cuerpo á formas nuevas del Estado oficial.

6. He aquí en breves términos un bosquejo del *Derecho legislado.*

1.° Figura, en primer término, la *Constitución del Estado.* Se conceptúa como *Constitución de la Monarquía española.* Su fecha es de 30 de Junio de 1876. Fué hecha, según indicamos, en Cortes con la sanción Real, y como ya se dijo no tiene procedimiento especial para su reforma. Consta de diez títulos y ochenta y nueve artículos, uno como transitorio. Por R. D. de 7 de Abril de 1881 se promulgó esta Constitución en Cuba y Puerto Rico. En el lib. II, tít. II del Código penal, se trata de los delitos contra la Constitución.

2.° *Leyes electorales.*

a) *Ley electoral para Diputados á Cortes*, de 26 de Junio de 1890. Consta de seis títulos divididos en capítulos, y

Digitized by Google

109 artículos, con unas cinco disposiciones adicionales para la aplicación de la ley á las elecciones de Diputados provinciales y Concejales, y dos transitorios. Por esta ley se restableció el Sufragio universal, y su publicación determinó y consagró la transformación política que implica la Regencia.

b) *Ley electoral de Senadores en la Península*, de 8 de Febrero de 1877. Consta de seis capítulos y 61 artículos, uno adicional y otro transitorio. Debe tenerse en cuenta que, según el art. 5.° adicional de la ley electoral anteriormente citada, es aplicable á la elección de Senadores el título VI de dicha ley, que trata de la sanción penal.

c) *Ley electoral de Senadores en Ultramar*, de 9 de Enero de 1879. Consta de tres artículos.

3.° *Ley de relaciones entre los Cuerpos Colegisladores*, de 19 de Julio de 1837. Consta de 13 artículos.

4.° *Ley de incompatibilidades y casos de reelección* de 7 de Julio de 1880. Consta de cuatro artículos, y *Ley* de 31 de Julio de 1887, modificando el artículo 4.° de la anterior.

5.° *Reglamento del Congreso de los Diputados*, de 4 de Mayo de 1847, y reformas posteriores de diferentes años. De importancia capital para conocer el procedimiento parlamentario. Consta de 21 títulos y 222 artículos.

6.° *Reglamento del Senado*, de 21 de Junio de 1877, y adiciones posteriores. Consta de 29 títulos y 133 artículos.

7.° *Ley de procedimiento cuando el Senado se constituye en Tribunal de Justicia*, de 11 de Mayo de 1849. Consta de tres títulos y 66 artículos.

8.° *Leyes provincial y municipal*, de 29 de Agosto de 1882, y de 2 Octubre de 1877 respectivamente.

Digitized by Google

9.° *Ley de Orden público*, de 23 de Abril de 1870. Consta de cuatro títulos y 60 artículos, mas tres adicionales.

10. *Ley de policía de imprenta*, de 21 de Julio de 1883. Consta de 21 artículos.

11. *Ley de reuniones públicas*, de 15 de Junio de 1880. Consta de siete artículos.

12. *Ley regulando el derecho de Asociación*, de 30 de Junio de 1807. Consta de 19 artículos, etc., etc.

7. Pocas palabras para exponer en conclusión el carácter general de la Constitución española, ó mejor del derecho constitucional de España.

No realiza, según se ha visto, un tipo original nuevo, distinto de todos los demás tipos de derecho constitucional europeo y americano. Producido el régimen moderno entre nosotros por el influjo imitativo del ejemplo, y en razón de los cambios sociales que en todo el mundo civilizado se verifican, España no realiza una forma especial y propia del Estado. La contextura de éste se asemeja á la del Estado francés, así como se asemeja en su desenvolvimiento histórico al desenvolvimiento histórico del derecho constitucional de Francia. Ni en ésta ni en ninguna de las demás condiciones, se asemeja el derecho constitucional español á las particularidades distintivas del derecho inglés, alemán y norteamericano. Si estos son Estados descentralizados, si Inglaterra realiza el tipo del *Selfgovernment* tradicional, y Alemania y Estados Unidos, formas diversas de la estructura política federal, España, como Francia, realiza el tipo de la centralización política. Sin duda hay entre Francia y España diferencias *actuales;* Francia es una República democrática unitaria, y España una Monarquía doctrinaria; pero si como Monarquía sólo, se asemeja á Inglaterra, y

Digitized by Google

por el carácter hereditario del jefe del Estado se asemeja también á Alemania, por su índole doctrinaria España realiza aún, algo atenuado, el tipo monárquico á la francesa de la Monarquía de 1830-1848, si bien con una tendencia parlamentaria muy acentuada. Por todo esto, aun cuando España no pueda figurar en un estudio general del derecho constitucional contemporáneo como Estado *tipo*, puede servir al lado de la República democrática parlamentaria francesa, del imperio federal alemán, de la Monarquía representativa parlamentaria inglesa, y de la República *presidencial* y federal de los Estados Unidos, para representar una forma distinta, más transitoria que ninguna otra quizás, y que realiza el tipo de un régimen parlamentario y doctrinario á la vez.

Digitized by Google

Digitized by Google

LIBRO III.

DEL PRINCIPIO DE LA SOBERANÍA

EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL POSITIVO.

Digitized by Google

Digitized by Google

LIBRO III.

DEL PRINCIPIO DE LA SOBERANÍA

EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL POSITIVO.

Digitized by Google

Digitized by Google

DEL PRINCIPIO DE LA SOBERANÍA

EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL POSITIVO.

CAPÍTULO PRIMERO.

IDEA PREVIA DEL ESTADO MODERNO.

1. Expuestos en los dos libros precedentes el concepto del derecho constitucional, y las fuentes del mismo, en los cinco Estados á que se circunscribe el presente estudio, paso á tratar ahora de las cuestiones principales que el derecho constitucional comprende, á saber, del principio de la soberanía en que se inspira y al cual responde, el Estado, y de su organización como Estado no oficial y como Estado oficial ó Gobierno.

El plan que se sigue, y en virtud del que comenzamos hablando del problema de la soberanía, se razona fácilmente con sólo tener en cuenta que la soberanía implica la actividad del Estado, concebida como el elemento fundamental del mismo, y que el criterio dominante acerca de su idea y de su residencia y ejercicio, es el que naturalmente preside en la solución de todos los problemas relati-

Digitized by Google

vos á la forma de aquél (1). Estados que se parecen entre sí por la estructura exterior de sus instituciones preeminentes, por ejemplo, España é Inglaterra, y que sin embargo se diferencian capitalmente como Estados, no habría manera de explicar tales diferencias, sin acudir á la determinación del concepto positivo é histórico de la soberanía en ellos imperante. Por otra parte, las diferencias más radicales de la estructura entre algunos Estados, así como las diferencias respecto de la manera de proceder en la vida práctica de la política, estriban sin duda en la diversidad de criterio con que en los mismos se ha resuelto el problema de la soberanía. Por último, hasta las Constituciones escritas, que tienen un cierto corte sistemático, expresan en su preámbulo, de modo más ó menos implícito, por ejemplo la federal de los Estados Unidos, y las españolas todas, quién se reputa el soberano, cuando no hacen también acerca de él una declaración expresa fundamental, ya al principio, por completo, como nuestra Constitución de 1812 (2), ya al iniciar la organización del Estado, como la de 1869 (3).

2. No sería conveniente que desde luego abordásemos la investigación del principio imperante en punto á la soberanía en los Estados modernos á que aquí nos referimos, analizando sin más los textos legales y su aplicación práctica, pues se echaría de menos una explicación racional de cómo se contrae el examen á términos dados, que excluyen

---

(1) Véase el plan seguido en la *Teoría del Estado*.

(2) Artículos 2.° y 3.° Esta misma declaración la hace el art. 9.° de la Declaración de derechos francesa del 89.

(3) Tít. II, art. 32.

Digitized by Google

la posibilidad de la consideración del problema de la soberanía en toda su amplitud filosófica. Así que para comprender esto por adelantado, y darse cuenta de la dirección que en el derecho constitucional sigue necesariamente la interpretación histórica del concepto de soberanía, es preciso que partamos de un estudio acerca del ideal ó de la idea del Estado que en los pueblos modernos se realiza, toda vez que el concepto de soberanía es siempre un concepto subordinado al más amplio y superior del Estado mismo.

3. El Estado moderno, en su idea más general, no como resulta ésta de las doctrinas filosóficas, sino como se realiza en el tiempo por los pueblos, es la negación más ó menos explícita y radical, más ó menos pura y contradicha por el influjo de la tradición histórica, del Estado personal, del Estado patrimonial, del Estado, en suma, que entrañan las ideas dominantes en los siglos XVI y XVII, y aun principios del XVIII, esto es, antes de las revoluciones americana y francesa.

Basta fijarse, para convencerse del contraste que implican el Estado moderno y el Estado del antiguo régimen, en el concepto dominante acerca de la política de hoy y el dominante en los siglos citados. En los siglos citados, como puede verse en Maquiavelo (1), y en nuestro Saavedra Fajardo (2), y en general en los grandes escritores políticos de aquel tiempo (3), la política es un *arte*, una *habilidad* propia de los hombres que, como príncipes ó auxiliares de

(1) *El Príncipe.*

(2) *Las Empresas políticas.*

(3) Véase Janet, *Histoire de la science politique*, t. I, lib. III, capítulos I y II; y Mohl, *Die Geschichte und Letiratur des Staatswissenschafften*, tomo III, pág. 520.

Digitized by Google

ellos (hombres de Estado ó de Gobierno), el destino coloca al frente de los pueblos. El contenido de este arte se refiere esencialmente á la conducta del príncipe ó del que lo dirige ó dirija la marcha de los Gobiernos. Léase *El Príncipe* del citado Maquiavelo; toda su trama de razonamientos se dirige á aconsejar al príncipe, á formar su espíritu en el cálculo de las probabilidades y en el conocimiento del corazón humano. Un escritor, citado por Stendhal (1), definía la política como «la manera de conseguir que los demás hagan aquello que nos es agradable en los casos en que no se puede emplear ni la fuerza ni el dinero». Y obsérvese que para el caso importa poco la moral y la religiosidad del escritor, porque no se trata de eso. Lo mismo Saavedra Fajardo que el secretario florentino, coinciden en el fondo en la idea que de la política tienen. Es ésta un arte, una educación del príncipe; se refiere á lo que éste debe hacer para dominar á su pueblo, para desempeñar su oficio. Lo universal que fué esta manera de entender la política en Europa, nadie puede ponerlo en duda. Su más acabada expresión la tenemos, por otro lado, en la llamada política de *razón de Estado* (2).

Sólo en nuestra época, por una resurrección del espíritu aristotélico, toma la política un carácter científico y real, distinto del expuesto. Ciertamente que aún existen vestigios y hasta raíces muy hondas en la política actual de las ideas dominantes en tiempos anteriores: hay en verdad instituciones que por sí mismas y por el modo de imponerlas denuncian, en algunos países sobre todo, el influjo

(1) *Rome, Napoles et Florence.*

(2) Véase Taine, *Orígenes de la France contemporaine*, t. II; y A. Sorel, *L'Europe et la Revolution française*, t. I.

Digitized by Google

tradicional imperante; pero no puede desconocerse que ni teórica ni prácticamente el Estado, objeto en sí mismo de la política, encarna ya *efectivamente* en una persona dada, sea cual fuere, y sea el que quiera el título *legítimo* que para ello invoque. El Estado, en efecto, no se personifica en nadie al modo absoluto de las monarquías puras: la política no es ya arte de educar príncipes, sino ciencia y arte del Estado, concebido éste como la sociología y el derecho exigen que se conciba.

4. La operación filosófico-histórica que la determinación del concepto ó idea del Estado reinantes en el derecho constitucional pide, es en verdad difícil, si se quiere hacer algo más que una vaga y superficial generalización, y si ha de ser realizada tal como el problema capital que aquí nos interesa reclama. Acaso sea lo más conveniente afirmar tan sólo que, en el derecho constitucional moderno, no se contiene aún en toda su pureza ideal el concepto mismo del Estado como Estado representativo esencialmente jurídico, por su fondo y finalidad y por su forma y organización. Lo que en las naciones principales se descubre es, en cada una, determinada afirmación particular, personalísima, producto de sus especiales condiciones históricas, la cual revela á su manera, el imperio interno de aquel concepto del Estado y la aspiración á realizarlo de uno ú otro modo (1).

En efecto; examinando la historia contemporánea, presto se descubre el carácter especial del movimiento político de los principales Estados modernos, y en este carácter espe-

(1) He tratado este asunto muy detenidamente en el *Estudio preliminar y Notas* (en colaboración con el Sr. Buylla) á los *Principios de Política*, de Holtzendorff (1888).

Digitized by Google

cial se denuncia muy al vivo y muy pronto, el elemento que cada uno aporta en la realización del ideal del Estado á que en nuestros tiempos se tiende. Inglaterra y Estados Unidos, Francia, Alemania y España parecen sufrir una misma atracción política, y en cuanto la sufren, cooperan á idéntico resultado, pero haciendo hincapié en una idea particular.

5. Empezando naturalmente por Inglaterra, el elemento con que contribuye á afirmar el Estado moderno, y cuya afirmación caracteriza su desenvolvimiento político, puede indicarse en una palabra aceptada en la nomenclatura política general, intraducible al español, y quizás á los demás idiomas. Tal palabra es la de *Selfgovernment*. Mediante lo que este término significa, la nación inglesa ha influído é influye en la dirección política de todos los pueblos cultos. En el fondo, aquella admiración entusiasta que Montesquieu sentía por la Constitución inglesa, fundábase en la contemplación de las perfecciones políticas que supone el *Selfgovernment*, considerado en la vida central de los poderes del Estado. La división de los poderes, no la división exterior y formal de las fuerzas políticas, sino la distribución orgánica y espontánea de éstas, merced al concurso de las circunstancias históricas y á la ponderación natural de las necesidades sociales, con el respeto á la integridad de las personas que individual y colectivamente desenvuelven su actividad é influyen, según el valor de éstas, en el Estado, he ahí en qué consiste el principio histórico del *Selfgovernment* (1).

(1) Véase Gneist, *Das englische Verwaltungsrecht*, *Das Rechtsstaat*. Lieber, *El Selfgovernment y la libertad civil*. Azcárate, *La Constitución inglesa*.

Digitized by Google

Sin detenernos demasiado, podría decirse que el *Selfgovernment* es la negación terminante del Gobierno, según principios distintos de aquellos que son aceptados por la opinión pública y expresados por sus órganos específicos; supone el *Selfgovernment*, tal como lo entienden y definen los comentaristas de la Constitución inglesa, y tal como aparece obrando en la historia contemporánea de aquel pueblo, el conjunto orgánico de todas las fuerzas sociales é individuales que en el Estado viven, teniendo cada una en él aquel valor, aquella importancia que le es propia, é influyendo según su poder real y efectivo en las transformaciones tácitas y expresas del Estado.

6. En los Estados Unidos cabe señalar, como elemento característico de la afirmación de su Estado constitucional, de un lado las Declaraciones de derechos de los Estados particulares, y de otro la idea del Estado federal, que poco á poco viene realizando, y que es una manera especial de *Selfgovernment* más reflexivo y artístico que el inglés. Pero no es desde estos puntos de vista desde los cuales puede y debe considerarse todo lo que hacen los Estados Unidos en la realilización de la idea del Estado. Sin duda la afirmación de un Estado de Estados, de una composición federal de Estados, que vive vida armónica bajo la acción de poderes unitarios, es una afirmación de gran trascendencia para la comprensión histórica de la idea compleja y riquísima del organismo del Estado. Más los Estados Unidos ofrecen el ejemplo de un Estado expresamente constituído por la voluntad popular, según los principios democráticos, puros, que se atenúan *à posteriori* (1) en la organización

(1) Ha explicado esto muy bien Sumner Main, *Essais sur le gouvernment populaire*, cap. IV y Apéndice. Luego se investigará esto.

Digitized by Google

que *se da* al Estado, y ofrecen, además, el ejemplo de un Estado cuya representación actual es toda ella expresamente electiva, sin que haya poder alguno que radique en una persona por título histórico, tradicional.

Ahora bien; en la determinación de las tendencias que por doquiera se dibujan en el Estado moderno de los pueblos todos, ¿quién no ve la aspiración á aplicar el principio democrático representativo, de la elección á la designación de las personas que hayan de ejercer los poderes públicos?

7. En Francia, el pueblo que se ha llamado verbo de la democracia, se encontrará quien forme la síntesis del Estado contemporáneo con un elemento importantísimo, que lo integra y que á la vez caracteriza el desarrollo político constitucional francés. Ese elemento es el que va implícito en la *Declaración de derechos del hombre y del ciudadano*, y exprésase en los conceptos reinantes acerca de la *soberanía*, considerada como poder y fuerza, á veces materiales y sin contenido ético, del pueblo, manifestados por medio del sufragio universal.

Lo que la *Declaración de derechos* significa es asunto que habrá de tratarse en el libro siguiente (1); entonces se verá hasta qué punto es obra de Francia en el origen. Por ahora bastará saber que al poner esos derechos del hombre, lo mismo en la Constitución americana en el pacto fundamental, que al considerarlos la Constitución francesa como algo superior á la ley misma, como anteriores al Es-

(1) Véase Boutmy, obra citada, y P. Janet, obra citada. (Introducción á la tercera edición.)

Digitized by Google

tado, con su carácter de *naturales*, *imprescriptibles*, *inalienables*, etc., se indica un límite impuesto á la acción del Estado en las manifestaciones de su poder material, de un alcance y de una significación tales, que determinan una idea de aquél harto distinta de la del Estado del antiguo régimen. Suponen esos *derechos* el reconocimiento de la personalidad, y aunque en abstracto y de un valor puramente teórico al principio, mientras no penetran en las costumbres, modifican ya el carácter moral de las relaciones políticas.

El Estado surge de la sociedad misma, no es una imposición venida como de afuera, de un poder arbitrario, absoluto; el Estado lo forman la suma de los individuos; no es, por tanto, *una persona sola*; el poder del Estado se origina en la sociedad, no es patrimonio de nadie, reside de derecho en los ciudadanos: he ahí, entre otras, afirmaciones políticas de gran trascendencia, que, exactas ó no, cambian de un modo radical la noción de la política, y que proceden directamente de la Declaración de derechos, é implican un concepto especial de la soberanía, como luego veremos.

8. Es de índole muy diversa el elemento que aporta Alemania y que caracteriza, no tanto su actual constitución federal, cuanto la corriente que en la ciencia alemana se inicia, trascendiendo, sobre todo á su vida práctica, en la ordenación interna de los poderes públicos. Dase, en verdad, en Alemania una gran contradicción entre el espíritu dominante en sus instituciones centrales, que entrañan principios en parte tradicionalistas, y las ideas que se infiltran por su administración política, y que dominan en su ciencia. En efecto, examinando las teorías políticas

Digitized by Google

alemanas modernas, en Krause (1), Ahrens (2), Mohl (3), Bahr (4), Gneist (5), Holtzendorff (6), y en tantos otros, el Estado se concibe como verdadero *Estado de derecho*, (*Rechtsstaat*). Según Ahrens, «el carácter y fin *ético* del Estado en sí y en relación con la vida entera», es lo que se afirma en la política contemporánea; que además procura «la destrucción de la omnipotencia del Estado y el reconocimiento de las esferas vitales y sociales, que sólo pertenecen al orden del derecho y de la política, bajo el aspecto de su régimen jurídico» (7). «El Estado, afirma Stahl, debe ser un Gobierno de derecho..... El Estado debe determinar la dirección de los límites de su acción propia con precisión jurídica, asegurar la inviolable ejecución de la ley, garantir la libertad de los ciudadanos.....» (8).

Naturalmente, estas y otras afirmaciones, así como el régimen de hecho de la acción del Estado al hacerse práctica, en las relaciones con los individuos y las colectividades, entrañan el ideal del Estado, que conceptuamos como la aspiración moderna. Mas es, Alemania influye con la idea del *Rechtstaat* en la política general. Y, sin embargo, la Constitución alemana supone elementos que son la negación de esa idea, y los cuales entrañan un modo especial de interpretar el principio de la soberanía.

9. La situación de España en la determinación de la

(1) *Ideal de la humanidad.*
(2) *Die organische Staatslehre.*
(3) Obras citadas.
(4) *Das Rechtstaat.*
(5) *Das Rechtstaat.*
(6) *Principios de política.*
(7) *Enciclopedia jurídica*, t. III.
(8) *Staats und Rechtslehre*, t. II, pág. 137.

Digitized by Google

idea del Estado moderno, es excepcional. No aporta por sí, por su significación política, un elemento que caracterice á la vez su actual manera de realizar el Estado y que sirva para explicar los conceptos reinantes acerca del mismo. España recibe, por lo que se refiere á la reconstrucción interna de su organización política, los influjos que entrañan las diversas ideas que acabo de exponer, como elaboradas por los diferentes pueblos citados. Esos influjos se combinan entre sí, y con el espíritu atrasado de una tradición absolutista de modos muy distintos y varios, pero no surge en España ningún nuevo elemento de este lado de la vida política interna, que entre en la corriente general de Europa. Por un fenómeno especialísimo, explicable acaso por nuestra situación geográfica y por el agotamiento intelectual de la raza, España no tiene una idea propia del Estado. Sin embargo, España, como Prusia y Rusia, aporta la afirmación histórica del *principio de las nacionalidades*, que si no implica ideas sobre su organización interior, ni expresa un contenido político especial, supone la proclamación de la existencia personal de la colectividad, que se siente conscia y que aspira á ser gobernada por poderes que no procedan materialmente de afuera, en el sentido que este *de afuera* tiene en las relaciones internacionales.

10. Sintetizando, en vista de lo expuesto, el concepto del Estado que á modo de resultante se puede formar, desde luego cabe afirmar que nos encontramos muy lejos de la idea de un Estado patrimonial y de la confusión del mismo en una persona á título de herencia ó de conquista Con el *Selfgovernment* no se concibe, como vimos, esto, en cuanto entraña la atribución del poder político á los ele-

Digitized by Google

mentos que integran el todo social. Con los *derechos del hombre* no es posible asignar al Estado un origen trascendental inmediato, ni reputar al poder oficial como omnipotente. Con la idea democrática, y con la de la amovilidad de los poderes, se aplica á la evolución de la organización política el principio natural de la selección. Con el *Rechstaat* se impone al poder político la ley de derecho: el Estado debe ser jurídico (constitucional). Y, en fin, con el principio de las nacionalidades se reconoce la existencia social de la personalidad de los pueblos constituídos en Estados, y se impone un criterio al derecho transitivo (internacional) de los mismos, afirmando la autonomía de cada uno.

Sin duda no ha penetrado en la vida real hasta sus últimas consecuencias la idea del Estado, que todo eso supone. Mientras en las relaciones sociales todas no impere la ley de expansión simpática, la ley de cooperación espontánea y caritativa; mientras el orden resulte de una acción imperativa exterior, aunque sea ejercida á nombre y en representación del derecho, puede afirmarse que la idea del Estado representativo, tal como la determina el derecho y lo exige la superior concepción de una humanidad sana, fraternal y llena de amor, está por realizar; hállase contrariada y viciada en su origen y en sus manifestaciones.

Por otra parte, independientemente de estos obstáculos generales, tropieza la idea del Estado en los pueblos modernos con obstáculos históricos del momento, y en cada pueblo con obstáculos locales de gran importancia. En primer término, según las creencias políticas dominantes, la idea pura del Estado hállase viciada por la exageración del principio de la nacionalidad, que impide la expansión

Digitized by Google

libre del derecho en esferas más amplias de aquellas que los límites geográficos y etnográficos imponen. Además, en razón del imperio de la idea kantiana del derecho y de las concepciones abstractas que esta idea presupone, hállase viciada en el fondo la naturaleza misma del Estado, cuyo fin se conceptúa como un fin jurídico, pero entendido á manera de una acción exterior material coactiva, olvidando el carácter esencialmente ético del derecho.

Por último, en los diferentes pueblos se pueden señalar obstáculos locales, producto de la historia local de cada uno, en razón de su propio carácter é idiosincrasia política. Pero esto se irá viendo en los capítulos sucesivos.

Digitized by Google

CAPÍTULO II.

LA CONSTITUCIÓN INGLESA Y LA SOBERANÍA DEL ESTADO.

1. Supuesta la idea del Estado moderno que acabo de bosquejar rápidamente en el capítulo anterior, se comprenderán ya los términos en que el problema de la soberanía tiene que plantearse, en los cinco Estados objeto inmediato de nuestra atención.

En efecto; la soberanía aparece en ellos atravesando aquel mismo período crítico á qué en la TEORÍA DEL ESTADO (libro VI, cap. II, núm. 11) se alude, y en virtud del cual la soberanía ha dejado de implicar la idea de un poder *trascendente*, es decir, de un poder exterior al todo social ó distinto de él, y que á él se impone por títulos históricos ó personales, para responder á la idea del poder *inmanente* en el todo social mismo, de cuya savia vive, si bien entendido y determinado en el orden de la política positiva de modo muy diverso.

Teniendo en cuenta el alcance que hemos dado á las afirmaciones características de los diferentes Estados modernos más importantes, puede acaso decirse que la solución histórica del problema capital de la soberanía, oscila entre las doctrinas de la soberanía popular y la de la sobe-

Digitized by Google

rania nacional y del Estado, con dejos y más que dejos á veces, de las doctrinas tradicionales de la legitimidad histórica representada por monarquías que procuran en grado muy diferente adaptarse á las imposiciones del ideal moderno del Estado, y por aristocracias más ó menos potentes y artificiales, á quien se reconoce, por derecho hereditario, una participación personal en el ejercicio del poder político (1).

Veamos ahora cómo se puede comprobar esta tesis.

2. Empezaremos por Inglaterra.

Ofrece este país una gravísima dificultad para determinar en él el criterio imperante en punto á: 1.°, quién se reputa el soberano, ó sea, en quién reside la soberanía; 2.°, quién la ejerce normalmente en función de gobernar el Estado, y 3.°, quién ejerce *en definitiva* el poder político supremo.

La dificultad nace de lo que hemos observado al tratar de las *fuentes* (lib. II, cap. IV), esto es, de la falta de textos escritos. No hay en verdad en Inglaterra ninguna afirmación solemne respecto de la soberanía, y como además no hay tampoco reforma alguna expresa en virtud de la cual se hayan transformado las instituciones seculares, al modo como ocurrió en diferentes ocasiones en Francia, pues la reforma electoral de 1832 no tiene ese carácter, de ahí que se tropiece con gravísimos obstáculos para el objeto que perseguimos.

3. Es preciso, sin duda, interpretar la historia, es necesario acudir á las fuentes no escritas, al sentido general dominante en los conflictos políticos que en Inglaterra han

(1) Minguzzi, *Alcune osservazione sul concepto de sovranità* (*Archivio di Diritto pubblico*, 1892); Giner, *Doctrinas tocante á la soberanía política.*

Digitized by Google

estallado no pocas veces, para darse cuenta de la idea reinante acerca del soberano en el Estado.

«En Inglaterra, dice Boutmy, la Constitución, esto es, el conjunto de las disposiciones escritas y no escritas que regulan el ejercicio del poder público en todos sus grados, no resulta de un acto imperativo del pueblo soberano, creador de la nada, de las autoridades á quien inviste de atribuciones determinadas. Está formada de una larga serie de actos bilaterales ó trilaterales, transacciones tácitas, convenciones debatidas, pactos solemnes entre potencias ya existentes, reconocidas, respetadas, que en cierto modo se han formado por sí solas, aun cuando naturalmente sean producto de la fuerza de las cosas. Por lejos que nos remontemos, hasta el siglo XIV, en la historia de Inglaterra, tres fuerza se encuentran frente á frente: la Corona, los Lores y los Comunes, que incesantemente se ven, ya en negociación cortés, ya en oposición violenta, regulando de año en año, por decirlo así, sus formas variables, sus movedizas relaciones, su equilibrio indefinidamente inestable..... (1). Los grandes poderes políticos en Inglaterra no son en grado alguno las criaturas de un poder constituyente....., su título no descansa en ninguna voluntad expresa, manifestada regularmente en un día dado..... Su fundamento está fuera de toda ley de organización revestida con el carácter de la soberanía nacional..... Nada de eso, en Inglaterra la acción del poder político se manifiesta de un modo latente y continuo según las exigencias de las circunstancias históricas.»

4. Ahora bien; atendiendo á lo que estas breves indicaciones quieren decir, el resultado más decisivo es que en

(1) *Études de droit constitutionnel*, pág. 227.

Digitized by Google

Inglaterra se reputó siempre como soberano el *todo social mismo*, no éste ó aquel órgano determinado que en un día dado decide, sino el todo social, según resulta de la acción y contraposición de las fuerzas contenidas en él, y según resulta de la temporal combinación de los elementos integrantes, de carácter predominantemente *colectivo* que constituyen el referido todo social. Modernamente, y en virtud de los cambios internos verificados en las sociedades á causa de las transformaciones que implica el imperio creciente de la democracia, al lado de esas fuerzas sociales, ha surgido el elemento individual que empezó á recabar y conseguir una introducción expresa en la organización del Estado, á partir de la reforma electoral de 1832, introducción que se ha acentuado posteriormente con las reformas de 1867 y 1884.

Sintetizando, pues, lo que de Inglaterra cabe pensar en vista de su historia y de las transformaciones políticas más modernas, puede afirmarse que este pueblo realiza de un modo muy perfecto el ideal de la soberanía del Estado, en cuanto al supuesto que el desarrollo práctico de la doctrina de la soberanía entraña, es decir, en cuanto al sujeto á quien se atribuye la cualidad de soberano. Basta fijarse en que, con una eficacia variable sin duda, la acción del poder político se elabora por la concurrencia de todas las grandes fuerzas vivas del país, en la situación en que éstas se hallan temporalmente, y con el valor que cada una tiene en un momento dado. La forma de *pacto* que hemos visto (lib. II, capítulo IV) tienen los documentos más genuinamente constitucionales, entre los que constituyen el derecho escrito, demuestra esto de un modo palmario; pues se ve concurrir para decidir de la suerte del Estado á las fuerzas sociales que se reputan como representación del todo.

Digitized by Google

5. La organización del poder político, para ejercer normalmente el poder soberano, es en Inglaterra muy especial y entraña no pequeñas desviaciones del ideal de la doctrina de la soberanía del Estado, al par que afirmaciones muy esenciales de la misma.

En virtud del principio del *Selfgovernment*, son órganos constantes del poder soberano, que lo representan de un modo oficial y constante, con la masa individual, que elabora en el círculo amplísimo del hacer político vulgar, una de las fuerzas más potentes de la vida social, las corporaciones locales, cuya autonomía se respetó siempre. Esto en todo el organismo del Estado; que en la esfera de los poderes centrales concrétanse las aspiraciones y fórmanse las resultantes en los tres órganos políticos seculares que forman el Gobierno, á saber: la Corona, la Cámara de los Lores y la Cámara de los Comunes, esto es, el Rey y el Parlamento (*King in Parliament*) (1).

Ordinariamente, estos tres órganos, que son verdaderas instituciones nacionales, reciben y definen las encontradas corrientes dominantes en la opinión pública, elaborando, bajo el constante influjo de ésta, el derecho con el poder que en razón de su representación actual poseen, reputándose así en cierto respecto como depositarios de la soberanía (2).

---

(1) Blackstone, *Commentaires*, pág. 153.

(2) Véase Dicey, *Introduction to the study of the Law of Constitution*, capítulo I: «La soberanía del Parlamento—dice—es, desde el punto de vista *legal*, la característica dominante de nuestras instituciones políticas» (página 37). La omnipotencia parlamentaria se expresa en cierto dicho, según el cual el Parlamento puede hacerlo todo, excepto de un hombre una mujer y de una mujer un hombre —Véase Austin, *Jurisprudence*; Hearne, *Government of England*, etc., etc.

Digitized by Google

6. Mas debe tenerse en cuenta que en la constitución histórica de estos órganos del poder existen elementos muy varios, pues mientras la Cámara de los Comunes responde, á causa del procedimiento por medio del cual se forma, al criterio de verdadera *selección* racional á que el Estado represensativo moderno tiende por modo irresistible, la Corona representa inmediatamente una supervivencia del principio hereditario, al igual que la casi totalidad de la Cámara de los Lores.

Ahora bien; no porque el procedimiento electivo que en la formación de los Comunes se emplea sea el único, ni siempre el mejor, para afirmar el carácter *representativo* del Estado, sino porque el título hereditario *por sí* no es en realidad un título político, sino privado, derivado de la comunidad de sangre, puede afirmarse que el principio de la soberanía del Estado hállase limitado y desconocido en Inglaterra en la organización histórica del poder como Gobierno. Después de todo, participan en este, con igual consideración legal, la Cámara de los Comunes, amovible, renovable según los cambios ocurridos en la conciencia pública, formada periódicamente, respondiendo á las fuerzas en ésta dominante, y la Monarquía, permanente, invariable, que se ejerce por esta ó aquella persona á título hereditario, y la Cámara de los Lores, permanente también, que procede legalmente de la Monarquía y se perpetúa por ley de herencia.

7. Sin embargo de esto, no debemos dejarnos llevar demasiado pronto por las apariencias. A pesar de la existencia de esos órganos de la Constitución, Inglaterra no es un caso de doctrinarismo, ni pueden considerarse las instituciones á que nos referimos como negaciones absolutas de

Digitized by Google

la soberanía del Estado. Para comprender esto basta recordar cierta distinción hecha en otro lugar (libro I, cap. V, número 20) y sugerida por otra de Burgess (1); distinción entre la labor diaria, normal, ordinaria del *Gobierno*, y la labor extraordinaria, anormal del *Estado*, ó sea entre el ejercicio del poder constituído por los órganos que de antiguo lo ejercen, y el ejercicio de la soberanía misma en los instantes excepcionales, por el órgano que en el momento mejor la representa, á causa de tratarse entonces de alguna reforma radical, que encuentra graves obstáculos y que *en definitiva* debe resolver el Estado, considerado en su total plenitud. Ahora bien; merced al alto sentido político del pueblo inglés y al patriotismo de sus clases aristocráticas, así como á la adaptabilidad de sus Reyes, sin necesidad de destruir la estructura exterior de las tres instituciones seculares de gobierno, hoy por hoy el órgano del poder supremo, al cual se someten la Corona y los Lores, es la Cámara de los Comunes, no en su función ordinaria, sino mediante un *plebiscito*, que dista, en verdad, mucho de ser el plebiscito francés ó el *referendum* suizo, por cuanto es un verdadero plebiscito disimulado, que no tiene ni los peligros del primero ni los inconvenientes del segundo. En efecto; lo que ocurre en Inglaterra, cuando las circunstancias lo exigen, es lo siguiente: en virtud de tal ó cual transformación social se produce el sentimiento de una nueva necesidad política, cuya satisfacción exige una reforma lesiva de intereses más ó menos seculares. Comienza entonces la agitación pública, provocada por los medios adecuados y dirigida por uno de los grandes partidos que allí lu-

(1) Obra citada, vol. I, págs. 138 y 141.

Digitized by Google

chan, generalmente por el que representa las tendencias reformistas. Todos los esfuerzos se encaminan á apoderarse de la opinión general, y como dato de haberlo conseguido, del voto de los electores, lo cual implica el imperio, después de unas elecciones favorables, en la Cámara de los Comunes. La razón de por qué se dirigen en este sentido los esfuerzos todos, se comprende con sólo tener en cuenta que la Cámara de los Comunes es el gran cuerpo representativo amovible. Una vez dueño el partido que defiende la nueva reforma de la Cámara de los Comunes, y de haber conseguido en ésta la fórmula legal expresiva de la aspiración que la reforma entraña, el conflicto puede surgir ó no, según que los Lores acepten ó no la reforma, pues el Monarca no se opondrá á ella en cuanto la prerrogativa del veto se conceptúa como abolida por el no uso. Si los Lores se someten desde luego, no hay cuestión. Pero si se oponen, como ahora mismo ocurre con el *bill* del *Home Rule* para Irlanda, entonces suele disolverse de nuevo la Cámara de los Comunes, continuando con mayores energías la campaña de propaganda para elegir una nueva Cámara favorable, en la cual se insiste sobre la reforma hasta reducir á los Lores á aceptarla, sancionándola luego el Monarca.

Como se ve, no importa la existencia de la Corona ni de la Cámara aristocrática para afirmar que en Inglaterra, si no impera constantemente la soberanía del Estado, porque se halla contrapesada por el natural influjo de instituciones representativas sólo de un modo indirecto, á lo menos, en los momentos excepcionales, el Estado es el que decide por boca de aquel órgano, que puede conceptuarse, hoy por hoy, como el que mejor refleja sus aspiraciones y necesidades.

Digitized by Google

No hay duda que la Constitución inglesa en este punto no refleja adecuadamente la doctrina de la soberanía del Estado de un modo orgánico. El instrumento de la soberanía, sobre correr el peligro, á la larga, de convertirse en instrumento de la soberanía popular, según el criterio brutal de las mayorías, es tosco y difícil, manejable sólo por el pueblo inglés que lo ha creado. Basta fijarse en que las cosas pasan allí de un modo que no concebimos casi en el Continente, donde queremos que lo relativo á la ordenación de los poderes públicos esté perfectamente claro. Después de todo, ¿qué ley, qué disposición constitucional puede invocar la Cámara de los Comunes para imponer su criterio á los demás órganos del poder ó del Gobierno? Los Lores y los Comunes son en esto iguales en facultades, y al resistir los primeros á las pretensiones de los segundos, obran dentro de sus prerrogativas parlamentarias y constitucionales más estrictas, como, después de todo, obraría el Rey oponiéndose obstinadamente á sancionar una reforma que conceptúa inaceptable. Pero si tal sucediese, el conflicto estallaría, y estallaría necesariamente de un modo violento y revolucionario. Ahora bien; como esto, hasta la fecha, no ha sucedido, dentro del orden político actual, á pesar de no existir afirmación expresa de carácter constitucional, que procure una solución legal á la lucha entre los órganos del poder antes citados, bien puede decirse que impera hoy el criterio que atribuye al Estado la soberanía, en cuanto decide aquel Cuerpo político que más directamente recibe sus inspiraciones. Sin duda, la mecánica de las fuerzas que en los conflictos políticos intervienen es difícil, y es más difícil aún determinar las condiciones en que ha de conceptuarse como decisiva la manifestación de la opinión pú-

Digitized by Google

blica para que los órganos del Gobierno se sometan; pero ahí es necesario fiarlo todo al buen sentido de los que se deben someter, y, como advierte Burgess, al patriotismo, discreción, integridad y habilidad del partido que ha logrado la mayoría en la Cámara de los Comunes.

Digitized by Google

CAPÍTULO III.

LA SOBERANÍA POPULAR Y EL ESTADO FEDERAL. ESTADOS UNIDOS.

1. La principal dificultad con que se tropieza al investigar el principio de la soberanía á que responde la organización política de los Estados Unidos, nace del carácter federal de su Constitución (1). En efecto, como se ha hecho notar al determinar las fuentes de este derecho constitucional, los Estados Unidos ofrecen una estructura política muy compleja, una de las más complejas de cuantas aquí estudiamos, y á la vez la más distinta de aquel tipo de estructuras del Estado, que es de rigor concibamos, los que tenemos como tipos históricos más inmediatamente sometidos á nuestra contemplación, Estados unitarios.

Precisamente la mayoría de las confusiones en que caen los tratadistas europeos y hasta los mismos americanos, que se inspiran en los conceptos dominantes en aquéllos (2), provienen de no considerar de qué modo trasciende á la

---

(1) Refiriéndose á los Estados Unidos, dice el Duque de Noailles que «el problema de la soberanía, difícil de resolver en sí mismo, se complica más y más por las dificultades inherentes al sistema federativo». Véase *Cent ans de République aux Etats-Unis*, vol. I, pág. 12.

(2) Acerca de este influjo en política de Europa sobre América, hace atinadas consideraciones Burgess, obra citada, vol. I, pág. 68.

Digitized by Google

aplicación del criterio de la soberanía, la complejidad de la forma republicana federal norteamericana, y sobre todo de partir, para exponer ésta, de ideas y de principios formulados, en vista de los Estados unitarios existentes en Europa.

2. Una rapidísima ojeada sobre alguna de las opiniones emitidas acerca del asunto, hará ver esto que afirmo muy claro.

Explicando Boutmy la naturaleza del acto constituyente en los Estados Unidos, mediante interesantísimo estudio comparativo entre las instituciones de este pueblo y las de Inglaterra y Francia, concluye definiendo la Constitución norteamericana como «un acto imperativo (al modo de la francesa), referente á la organización y ordenación de las atribuciones de las autoridades centrales y superiores; pero teniendo en cuenta que este acto descansa en un tratado entre varios cuerpos políticos distintos y soberanos, puestos de acuerdo para crear, y al propio tiempo para limitar, el Estado» (1). Es decir, Boutmy acentúa el carácter convencional, de pacto entre Estados, de la federación, olvidando el elemento interno, núcleo y sostén del Estado federal. ¿Qué papel, en verdad, representa ahí el pueblo?

Otro escritor que modernamente ha tratado de desentrañar el concepto de la soberanía reinante en la República norteamericana, el Duque de Noailles, manifiesta clara y sinceramente las dudas y vacilaciones que experimenta, todas ellas, como se verá, hijas del defecto antes indicado. «¿Cuál es, dice, el verdadero soberano en los Estados Unidos? ¿Es el pueblo federal? No existe (!): es un ser de razón, una entidad política. ¿Es el pueblo del Estado

(1) *Études de Droit constitutionnel*, pág. 238.

Digitized by Google

particular? Entonces, como su soberanía no puede traspasar los límites propios del Estado, no hay ahí soberanía nacional. ¡Qué de sutilezas no son necesarias, en verdad, para establecer la doble relación del ciudadano ante los dos Gobiernos de quien depende!» (1).

Aunque de otro carácter, igual explicación tienen los esfuerzos, no del todo eficaces, que hace á su vez Claudio Janet (2) para interpretar el género de soberanía popular que en los Estados Unidos se aplica, así como los apasionamientos extraños en que autor tan ilustre y hábil como Sumner Maine, ha caído al estudiar las anomalías aparentes de la Constitución federal norteamericana (3).

3. Realmente, para orientarse en la Constitución de que tratamos, es preciso partir: 1.°, de la explicación de la idea de soberanía como atributo personal de *todo* Estado, no meramente del Estado que goza de tal consideración en las relaciones internacionales. (Véase TEORÍA DEL ESTADO libros I, II y VI, cap. I); y 2.°, de la idea del Estado federal como Estado compuesto, que tiene á modo de elementos integrantes, la *masa* total de los individuos que forman su población política, y los Estados que lo integran: Estados *indestructibles*. (Véase TEORÍA DEL ESTADO, lib. IV, cap. VI, núm. 6.)

Relacionadas estas dos ideas se debe llegar á las siguientes conclusiones, sostenidas ya en la TEORÍA DEL ESTADO: la existencia de un Estado superior no implica la absorción de los Estados que lo forman; la soberanía, como poder

(1) Obra citada, pág. 12, t. I.

(2) *Instituciones políticas y sociales de los Estados Unidos de América*, parte 1.ª, cap. II, pág. 6 (trad. ital.).

(3) *Essais sur le gouvernement populaire.*

Digitized by Google

supremo de la persona en su función de Estado para realizar el derecho, es en cada Estado compatible, no sólo con la soberanía de los Estados, iguales en el respecto histórico á él, sino con la del individuo, que es soberano dentro de su propia vida personal, y con la de aquellos otros Estados que lo integran en calidad, individuos y Estados, de miembros del mismo.

Ahora bien; teniendo en cuenta esta doctrina general, creo sea más fácil explicar el principio de la soberanía actualmente imperante en el Estado federal hoy más perfecto, á saber, en los Estados Unidos.

4. Para proceder en este estudio positivo con cierto orden, que ayude á comprender más fácilmente aún el problema en que nos ocupamos, es conveniente distinguir, de un lado, las exigencias que al mecanismo constitucional impone la estructura federal del Estado, y por virtud de las cuales la elaboración del poder soberano se verifica necesariamente mediante una concurrencia de diversas fuerzas políticas personales, y de otro el criterio interno que en la formación de esas mismas fuerzas impera, criterio que implica una determinada creencia acerca del sujeto en quien en definitiva reside la soberanía.

Por otra parte, es preciso no olvidar (cosa que suele suceder muy á menudo) que la *actual* forma del Estado (no del Gobierno) norteamericano, es el resultado de una cierta elaboración histórica, cuyo primer paso no fué, en verdad, el Estado *federal* ya hecho, sino una especie de federación con presentimientos certeros, de que en lo porvenir se llegaría al Estado federal (1).

(1) Vese esto muy bien en diversos pasajes de *El Federalista*.

Digitized by Google

5. Los supuestos que nos importa tener en cuenta para comprender cómo se elabora el poder en los Estados Unidos, son precisamente aquellos que contribuyen mejor á explicar la naturaleza del Estado federal. Implican tales supuestos la determinación de las condiciones y objeto del federalismo, así como sus caracteres esenciales. En Dicey (1) encontramos una breve exposición de todo esto que aquí procuraré extractar.

Un Estado federal como el de los Estados Unidos requiere para su formación dos condiciones. En primer lugar, debe existir un conjunto de comarcas (cantones suizos, colonias de América, provincias del Canadá), fuertemente constituídas por lazos de localidad, de historia, de raza ú otras semejantes, capaces de realizar empresas comunes mediante uniones más ó menos íntimas. En segundo, es necesario que entre los habitantes de las diferentes comarcas locales haya lo que Dicey llama *sentimiento federal*, es decir, «el deseo de la unión, pero no el de la unidad» (2). Estas condiciones implican el objeto del federalismo, que consiste en conciliar la unidad nacional y el poder, con el mantenimiento de los derechos de los Estados. La Constitución de los Estados Unidos en el preámbulo en que se afirma la existencia del pueblo de la Unión, y el propósito que con esta se persigue, combinado con el art. 10 de las enmiendas á la Constitución, por el cual «quedan reservadas á los respectivos *Estados*, ó *al pueblo*, *las facultades* que no se hayan delegado por la Constitución á los Estados

(1) *The Law of Constitution*, pág. 131.
(2) Obra citada, pág. 132.

Digitized by Google

Unidos, ó no se hayan prohibido á los Estados que los componen», refleja bien las dos condiciones indicadas.

En virtud de estas condiciones, señala Dicey (1) las siguientes características del Estado federal norteamericano: primera, la supremacía de la Constitución, en cuanto es la expresión formal y solemne de la ley á que la Unión debe sujetarse como compuesto de Estados soberanos, bajo la acción del pueblo (2); segunda, la distribución entre los diferentes cuerpos con autoridad limitada y coordenada, de los poderes de gobierno, como medio de hacer respetar la integridad de la soberanía de los diversos elementos que concurren á producir ese mismo Gobierno (los Estados y la Unión). En el Estado federal, la distinción entre el Gobierno, cuyo origen está en la Constitución, y el Estado, que hace la Constitución á que el Gobierno se somete, es esencial; y tercera, la autoridad de los tribunales como intérpretes de la Constitución, autoridad que llega en los Estados Unidos á declarar en el momento de la aplicación de una ley, sobre su *constitucionalidad ó inconstitucionalidad.*

6. El resultado que de las condiciones, objeto y caracteres del Estado federal, puede recogerse para nuestro problema, es el que paso á exponer. El Estado nacional no es una suma de individuos, constituídos á lo sumo para *su servicio*, en agrupaciones territoriales subordinadas, más ó menos autónomas, sino que es un conjunto armónico, legalmente reconocido, de individuos y de entidades políticas

(1) Obra citada, pág. 134.

(2) «Consecuencia de la supremacía de la Constitución, es que ésta sea escrita, rígida y no expansiva.» Dicey, obra citada, pág. 136 y siguientes.

Digitized by Google

en sí mismas soberanas. El sentimiento federal, que implica el deseo de la Unión, pero que excluye el de la unidad uniforme y absorbente, impone, como términos de la conjunción política que crea, los cuerpos locales, vivos, íntegros é indestructibles, bajo la condición que supone la formación de un pueblo que representa la aspiración unitaria, y mantiene el lazo nacional con un alcance más íntimo que el que entraña una mera liga defensiva, una unión real ó una confederación. Exprésase esto en los Estados Unidos, en la afirmación que hace, por ejemplo, Cooley, y según la cual la *Constitución no es un mero pacto* (1), puesto que se trata de una unión indisoluble de Estados indestructibles, ratificada por la representación específica de un pueblo, que cada día acentúa de modo más saliente su personalidad. Desunir los Estados no es sólo romper el lazo federal, sino destrozar al pueblo mismo.

7. Dada la naturaleza del Estado federal que de lo dicho se infiere, al determinar el proceso del poder político en él es necesario considerarlo como una resultante temporal de la acción soberana de dos elementos concurrentes: el pueblo nacional y los Estados, entendiéndose que la producción de este poder supremo, fuente de los poderes gubernamentales federales, no significa ni la absorción de la actividad individual, garantida con el reconocimiento de los derechos de la personalidad, ni la absorción de los Estados particulares, cuya soberanía se halla garantida por la Constitución federal.

Lo que hay es la exigencia, no siempre reconocida y aca-

(1) *Principii generali di Diritto costituzionale negli Stati Uniti d'America.* Biblioteca Brunialti, t. VI, parte primera, páginas 283 y 284.

Digitized by Google

tada, de distinguir la vida federal, cuyo soberano es el Estado federal, según su ley suprema: la Constitución, de la vida de los Estados particulares, cuyo soberano respectivo es el mismo Estado particular. Ahora, cuando no se quiera hacer esta distinción y se quiera tomar en unidad el derecho político total de los Estados Unidos, en la plena concepción de sus elementos componentes, entonces puede aceptarse la explicación (no completamente indiscutible, si se olvida la distinción antes apuntada) que da Cooley (1). Según este tratadista, «teóricamente la soberanía de un Estado debe entenderse como una....., pero en las leyes constitucionales americanas se ha establecido un sistema peculiar, toda vez que los poderes soberanos se enumeran y atribuyen al Gobierno de los Estados Unidos, unos, y otros se dejan á los Estados. En virtud de tal distinción, la nación posee poder absoluto, incontrastable, respecto de ciertos objetos en todos los Estados, mientras éstos tienen el mismo poder incondicionado dentro de los límites respectivos, tocante á otros objetos, existiendo, por fin, otros, acerca de los cuales, los Estados tienen un poder específico, dependiente y revocable en cuanto su acción se halla subordinada al poder superior nacional.»

8. Así explicada la acción soberana de los Estados Unidos, parece responder al criterio de la doctrina de la soberanía del Estado. Hállase, en verdad, sometido éste á la ley constitucional, y por ella (2) á los órganos creados por la Constitución (Presidente, Congreso, Tribunales) y á sus dictados. El imperio del derecho y la subordinación

(1) Obra citada, pág. 279. Véase también Cooley, *Constitutional Limitations.*

(2) Véase *Çonstitución de los Estados Unidos*, art. VI, párrafo 2.°

Digitized by Google

del poder á las decisiones de las voluntades concurrentes que lo producen, son ahí clarísimas.

Pero es necesario advertir que la teoría de este derecho positivo está con lo dicho incompleta. Es preciso para completarla investigar el criterio interno dominante en la elaboración del derecho, mediante la formación del poder que lo declara.

Considerada la Constitución en su forma actual, y atendiendo á las ideas mismas que en su origen se manifestaban, la afirmación, según la cual impera en ella el principio de la soberanía del Estado, exige una cierta rectificación. Sin duda alguna, la teoría á que responde la organización política de los Estados Unidos, es la de la soberanía popular. La reconocía así Wilson, jurisconsulto célebre de fines del siglo pasado: «El poder soberano—decía—pertenece al pueblo, el cual es de hecho y de derecho superior á nuestras instituciones» (1). Hamilton, por su parte, afirmaba que el poder nacional debe originarse del pueblo, fuente pura de toda autoridad legítima (2). Monroë consideraba al pueblo como la más alta autoridad reconocida en el sistema político americano (3), afirmando Jámeson que en los Estados Unidos la soberanía reside en el pueblo entero del Estado, si se trata de cuestiones particulares, ó de la Unión cuando se trata del interés nacional (4).

---

(1) Véase Curtis, *History of the origen, formation and adoption of the Constitution of the United States*, t. I, pág. 477.
(2) *The Federalist.*
(3) *Mensaje presidencial* de 4 de Mayo de 1822.
(4) *The Constitutional Conventions*, pág. 18.

Digitized by Google

9. Pero no es preciso citar muchos testimonios en apoyo de la tesis enunciada. Aparte de que la opinión general, como puede verse ya en Tocqueville (1), es la favorable al imperio de la soberanía popular, como fondo común de todas las instituciones, tenemos las declaraciones constitucionales federales del preámbulo, que afirman como el *pueblo* de los Estados Unidos es quien hace la Constitución, y tenemos el mecanismo constitucional de la Unión, que responde en gran parte, de un lado al criterio de la mayoría, y de otro á la idea, según la cual, la voluntad del hombre, expresada directa ó indirectamente, es ley del Estado. «Es un hecho positivo de nuestra historia—dice Story—que nuestras instituciones han sido fundadas sin el asentimiento tácito ó expreso de la nación, y deben su existencia á la mayoría de votantes» (2), como al fin y al cabo lo exige la Constitución misma en todos aquellos lugares donde es fija la base electiva en que descansa la designación de los funcionarios públicos, por ejemplo, en la formación de la Cámara de Representantes (3) y del Senado (4), al determinar el procedimiento para nombrar el Presidente y Vicepresidente de la República (5), y sobre todo, en el procedimiento señalado para la reforma de la Constitución federal (6).

Pero aun hay más. No sólo se ve la afirmación del principio de la soberanía popular en la alusión constante, den-

(1) *La democracia en América.*
(2) *Commentaries*, t. I, pág. 229.
(3) *Constitución de los Estados Unidos*, art. 1.º, sec. 2.ª, 1.
(4) Idem, art. 1.º, sec. 3.ª, 1.
(5) Idem, art. 2.º, sec. 1.ª
(6) Idem, art. 5.º

Digitized by Google

tro del organismo político de la Unión, al pueblo de los Estados Unidos, sino que el elemento cooperativo de los Estados á que la Constitución federal se refiere en tantísimas ocasiones, unas veces para formar el Senado, otras para determinar el sufragio, otras para elegir el Presidente, otras, en fin, para reformar la Constitución, tiene como base fundamental el pueblo. Lo mismo cuando se trata de ejercer la función que al Estado le corresponde, no como Estado, sino como miembro de la Unión, por ejemplo, elegir senadores ó ratificar una reforma constitucional, que cuando obra como tal Estado en su esfera independiente y soberana, el sujeto que en último término se ve obrando es el pueblo; el procedimiento ideado para que éste hable y decida es el electivo (1).

10. La afirmación de la soberanía popular que tan radicalmente conceptuamos admitida en la base fundamental de las instituciones políticas de los Estados Unidos, encuéntrase, sin embargo, rectificada y atenuada en sus efectos de tal modo, que no puede considerarse aplicada con aquella serie de consecuencias que entraña su idea pura. Las atenuaciones y rectificaciones provienen de varios orígenes. Alguno de éstos se ha indicado ya. Está en la absoluta imposibilidad de organizar una democracia directa al modo que Rousseau la concibiera, y al modo como se aplica en algunos cantones suizos, en un Estado de territorio y población como los de los Estados Unidos.

---

(1) Véase Bryce, *The American commonwealth*, t. II, pág. 28 y siguientes. «La Constitución de cada Estado, dice Bryce, es obra del pueblo, no de las legislaturas.» «El pueblo del Estado se reserva asimismo, y con independencia del Gobierno nacional, el poder de cambiar su Constitución.»

Digitized by Google

La necesidad de acudir á la representación de primero y ulteriores grados, desvirtúa la soberanía popular en sus resultados. Cada representante que se elige es un obstáculo al imperio brutal de la ley del número.

Otras atenuaciones provienen del carácter federal del Estado á que aquí principalmente aludimos, y el cual carácter exige, como ya vimos, la participación en el ejercicio del poder de un elemento corporativo, en el que no se cuentan los votos individuales, sino las entidades político-territoriales, denominadas Estados. El *Senado*, compuesto de *dos* representantes por cada Estado, tenga éste la población que se quiera, es una atenuación al principio de la soberanía popular, como lo es el que ese número de ellos se tenga en cuenta para fijar el de electores presidenciales por Estado (1).

Por último; la fuerza material que implica la soberanía popular en ejercicio, hállase atenuada también por disposiciones expresas de la Constitución. Esta última atenuación es de las más interesantes, porque entraña cierto afán reflexivo y calculado, por infundir en la acción del poder político, la idea jurídica, el contenido moral.

Como advierte oportunamente el Duque de Noailles: «Una vez establecido el principio de la soberanía de las mayorías, la lógica enseña que esta soberanía no reconoce otros límites que los que las mismas mayorías impongan» (2). Pero contra esta afirmación, lógica, y contra los resultados del despotismo que entraña, se protestó en los Estados Unidos, donde «la concepción del *Selfgovernment*

(1) *Constitución de los Estados Unidos*, art. 2.º, sec. 1.ª, 2.
(2) Obra citada, t. I, pág. 67.

Digitized by Google

comprende á la vez la soberanía del pueblo y la soberanía del derecho sobre el pueblo. La mayoría manda, mas por encima de ella subsisten las reglas invariables de la justicia» (1). La misma Constitución federal expresa esta idea cuando dice que el *pueblo* funda la unión «para establecer la libertad y la justicia» (2). Por otra parte, los grandes hombres de la política norteamericana desde Adams (3) y Madison (4) hasta Story (5), conceptuaron la mayoría que abusa de su poder como facciosos, mientras Jefferson afirmaba que «los derechos de las minorías son sagrados» (6). En una palabra; la doctrina americana acerca de la soberanía del pueblo, parece resumirse de este modo: «La mayoría puede todo lo que quiere: tal es la verdad del hecho. La mayoría no debe querer todo lo que puede ni lo que es injusto: tal es el principio de derecho» (7).

Pero ¿como se llevó este sentido á las instituciones? La cosa es de las más difíciles, porque no depende del más ó el menos del poder, ni de la redacción de uno ó varios artículos, el que el derecho impere en las relaciones humanas. Sin embargo, los americanos lo procuraron, de un lado, aprovechando las condiciones naturales que proporciona un Estado federal, y de otro, garantizando fuertemente el derecho de las minorías, no por sistemas mecánicos de representación, sino impidiendo á las mayorías

(1) Duque de Noailles, obra citada, t. I, pág. 68.
(2) Preámbulo de la Constitución.
(3) *A Defence of the Constitution of government of the United-States of America*, t. III, pág. 287.
(4) *The Federaliste*, pág. 105.
(5) *Commentaries*, t. I, pág. 358.
(6) Citado por Noailles, pág. 73, t. I, obra citada.
(7) Noailles, obra citada, t. I, pág. 83.

Digitized by Google

atropellar ligeramente á aquéllas. Hamilton dice á este propósito: «Es preciso establecer en la nación soberana tantas categorías diferentes de ciudadanos, elegidos y electores, gobernantes y gobernados, que el acuerdo completo de una mayoría inicua sea inverosímil, cuando no imposible» (1). Y así se hizo. Además, se dió á las minorías un medio directo de gobernar, de influir sin acudir á los recursos parlamentarios del obstrucionismo. No otra cosa significa la especie de *veto* que una minoría puede ejercer en los Estados Unidos contra las medidas graves ó que tal se reputen en circunstancias dadas. En virtud de ese *veto*, la minoría y no la mayoría es la que decide: 1.°, cuando el Presidente opone el suyo á una ley votada por el Congreso, pues es sabido que devuelta la ley á éste, para que llegue á tener fuerza es preciso que la aprueben de nuevo las dos terceras partes de una y otra Cámara, de donde resulta que teniendo la Cámara de Representantes hoy 356 miembros y el Senado 88, bastan veintitantos votos para que la ley no pase, y 2.°, cuando se trata de reformar la Constitución, toda vez que es necesario para proceder á la reforma que lo estimen necesario las *dos terceras partes* de los miembros de ambas Cámaras, ó bien que se convoque una Convención á instancia de las Asambleas legislativas de las *dos terceras partes* de los diferentes Estados, siendo además necesario que en uno ó en otro caso, la reforma propuesta sea ratificada por las *tres cuartas partes* de los Estados ó de las Convenciones reunidas en las *tres cuartas partes* de los mismos. Por último; en virtud del procedimiento empleado para la elección del Presidente de la Re-

(1) *The Federalist.*

Digitized by Google

pública, puede ocurrir, y ha ocurrido á veces, que el candidato derrotado es el que realmente cuenta con la mayoría de los electores de primer grado.

11. No creo necesario insistir más acerca de este punto. En vista de todo lo expuesto, me parece poder afirmar que el principio de la soberanía á que la organización política de los Estados Unidos responde es el de la soberanía popular, con las atenuaciones y modificaciones que implican la forma federativa para la Unión, el régimen representativo y las garantías en pro del derecho de las minorías, atenuaciones y modificaciones éstas que, á la vez que dominan el poder avasallador é indiferente del número, determinan una tendencia hacia el principio de la soberanía del Estado, según el cual el poder político no es el poder de los más, sino el del Estado mismo, inspirado en las exigencias imperiosas del derecho.

Digitized by Google

CAPÍTULO IV.

LA SOBERANÍA EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL FRANCÉS. SOBERANÍA POPULAR Y SOBERANÍA NACIONAL.

1. La determinación del criterio imperante en el derecho constitucional francés en punto al sujeto en quien reside la soberanía, no ofrece las mismas dificultades que, como hemos visto, se ofrecen en las Constituciones de Inglaterra y de los Estados Unidos. En primer lugar, abundan los textos escritos, las declaraciones dogmáticas; en segundo, los términos del problema político en Francia, la nación unitaria y centralizada por excelencia, son muy simples.

2. Ahora bien; veamos lo que nos dicen los textos constitucionales franceses, que en este punto debemos considerar como expresión teórica de las aspiraciones políticas de cada momento. Para el caso es necesario atender á los precedentes del régimen vigente, pues por rara anomalía, explicable en virtud de las circunstancias, bajo que hemos visto que éste se origina, el régimen actual es el único de los de su tipo en Francia, que no descansa en declaraciones dogmáticas expresas respecto del sujeto de la soberanía, de la fuente del poder y del órgano encargado de ejecerlo.

Digitized by Google

Los precedentes á que aludo son sin duda los genuinamente revolucionarios, toda vez que la tercera República si realiza en la estructura oficial de los poderes públicos, una forma política gubernamental que recuerda muchísimo la forma monárquica constitucional parlamentaria, en lo relativo al contenido político, al fondo del Estado, es la consagración expresa hecha por una Asamblea *nacional*, en virtud de acto imperativo constituyente, de las afirmaciones esenciales del derecho político de la Revolución.

De esos precedentes se recoge á modo de síntesis del principio de la soberanía en que se inspira el criterio imperante en la formación y desarrollo del Estado moderno en Francia, la siguiente conclusión: la soberanía, el poder supremo político, es un atributo inalienable de la *nación ó del pueblo*.

3. Precisamente la conclusión esta es una de las afirmaciones que la Constituyente francesa hace en 1789, como protesta contra el antiguo régimen. En efecto; la *Declaración de Derechos*, de 20 á 26 de Agosto del año citado, declara en su art. 3.° que: «El principio de toda soberanía reside esencialmente *en la nación*»; añadiendo que «ningún individuo puede ejercer autoridad que no emane de la nación misma». La Constitución de 14 de Septiembre de 1791 desenvuelve más al detalle la declaración copiada. «La soberanía, dice, es una, indivisible, inalienable é imprescriptible; pertenece á la nación; ninguna sección del pueblo, ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio. La nación, de quien únicamente emanan todos los poderes, no puede ejercerla más que por delegación» (1). Las ideas que estas dos declaraciones entrañan acentúanse todavía en

(1) Artículos 1.° y 2.° del tít. III.

Digitized by Google

el sentido á que la Revolución propende por modo necesario, en la Constitución de la Convención y en la del año tercero.

La Constitución de la Convención nacional dice: «Todos los hombres son por la naturaleza iguales..... (1). La ley es la expresión de la voluntad general (2). La soberanía reside esencialmente en el pueblo, es una é indivisible, imprescriptible é inalienable (3). Ninguna parte del pueblo puede ejercer el poder del pueblo.....» (4). La Constitución del año tercero se limitaba á decir: «La universalidad de los ciudadanos franceses es el soberano» (5).

4. Naturalmente, estas afirmaciones dogmáticas, con el derecho político que de ellas se origina, sufren en Francia las vicisitudes que implican el establecimiento del primer Imperio, en el cual, como advierte Pierre (6), sólo se salva del principio de la soberanía nacional el plebiscito, la restauración borbónica de 1814 á 1830, la monarquía doctrinaria de 1830 á 1848, la segunda República y el segundo Imperio, que también mantiene el plebiscito con el sufragio universal.

Pero debe tenerse en cuenta que la resultante definitiva de todas estas acciones y reacciones políticas que la República de 1870-75 supone, entraña, según hemos dicho ya, la consagración de los principios del 89, al igual que estos principios se encuentran consagrados á su manera tam-

(1) Art. 3.°
(2) Art. 4.°
(3) Art. 25.
(4) Art. 26.
(5) Art. 2.°
(6) *Traité de Droit politique*, páginas 116 y 117.

Digitized by Google

bién por la segunda República de 1848, cuya Constitución dice «la soberanía reside en la universalidad de la ciudadanía. Es inalienable é insprescriptible. Ningún individuo ni parte del pueblo puede atribuirse su ejercicio. Todos los poderes públicos, sean los que fueren, emanan del pueblo. No pueden ser delegados hereditariamente.»

5. Repito que no importa, para sostener lo que acabo de decir, que al fundar el régimen actual no se haya hecho declaración alguna tocante al principio de la soberanía. Es evidente que se trata de un régimen que se debe considerar en este respecto, como una nueva etapa más afortunada de la aplicación de los principios del 89-93 y del 48. Por otra parte, aunque de un modo implícito, los derechos del pueblo hállanse consagrados en los dos primeros artículos de la ley constitucional de 25 de Febrero de 1875.

Según el art. 1.° de esta ley, «el Poder legislativo se ejerce por dos asambleas, la Cámara de los Diputados y el Senado, nombrada la primera por *sufragio universal.*» Según el art. 2.°, «el Presidente de la República es elegido por el Senado y por la Cámara de los Diputados reunidas en Asamblea nacional» (1). Además, aun cuando el procedimiento aceptado para la reforma constitucional sea un procedimiento ideado bajo la preocupación, dice Borgeaud (2), de facilitar una restauración monárquica, la Asamblea nacional, compuesta por las dos Cámaras legislativas, que verifica la reforma por acuerdo de éstas de la manera que hemos indicado (lib. 1, cap. v, núm. 18) (3),

(1) E. Pierre. Obra citada, páginas 117 y 118.
(2) *Établissement et Revision des Constitutiones,* pág. 301.
(3) Art. 8.° de la ley constitucional de 25 de Febrero de 1875.

Digitized by Google

obra, como en representación, en parte directa, en parte mediata, del pueblo. «En efecto; según advierte Borgeaud, rebatiendo á M. Moreau (1), la Asamblea nacional no es por sí misma el poder constituyente; este poder, como el propio M. Moreau reconoce, es el pueblo francés. El Congreso ofrece la autoridad constituyente por delegación y en virtud de un mandato que tiene de las Cámaras» (2), las cuales, al igual que cuando legislan, hablan en nombre del pueblo al tenor de lo dispuesto en el art. 1.° antes citado.

6. El problema más importante que en el derecho constitucional francés se presenta, consiste en la interpretación, por decirlo así, doctrinal que debe darse á las afirmaciones todas relativas á la soberanía del pueblo ó de la nación.

De propósito, y para no complicar la investigación ni distraer al lector, he dejado pasar, como si tuvieran valor idéntico, las expresiones diversas empleadas indistintamente en las Constituciones francesas, y usadas también indistintamente por algunos tratadistas (E. Pierre, por ejemplo) (3). Háblase, en efecto, por las Constituciones, que es lo que más importa, para atribuir la soberanía, unas veces de la nación solo, otras del pueblo y de la nación en diferentes pasajes, otras, en fin, de la universalidad de los ciudadanos, afirmando algunas luego que todos los poderes emanan del pueblo.

Realmente es necesario reconocer que, en la lucha de los

---

(2) *Precis elementaire de Droit constitutionnel*, pág. 149.
(4) Borgeaud. Obra citada, pág. 305.
(5) Obra citada, lib. III, sec. 1.ª.

Digitized by Google

partidos, las expresiones soberanía nacional y soberanía popular tienen idéntico significado, y suele, en definitiva, aludirse con ellas por la democracia á la soberanía popular, ejercida mediante el sufragio universal. Pero ya hemos visto (TEORÍA DEL ESTADO, lib. VI, cap. II, números 8 á 11) que hay una radical diferencia entre soberanía popular y soberanía nacional, y ahora puede añadirse que *pueblo* puede tomarse, bien como expresión de la universalidad y suma de los ciudadanos, bien como entidad histórica, al modo de nación, que no se agota en la suma actual de sus miembros, sino que implica una concepción orgánica de una personalidad colectiva, que *representan* los miembros actuales, pero que contiene, además, todo lo que para la obra de la colectividad supone la acción del medio y de la historia.

7. Esto supuesto, el problema á que aludo consiste en determinar á *quién* se refieren las Constituciones francesas cuando definen al soberano; ¿al pueblo, tomado como la suma de los ciudadanos franceses, ó á la nación, considerada como entidad sustantiva, como personalidad histórica?

Atendiendo á la argumentación misma de las Asambleas francesas, á los momentos en que se verificó la Revolución, á las corrientes filosóficas, políticas dominantes entonces (Rousseau y el contrato social) (1), y al sentido que se denuncia en las declaraciones dogmáticas constitucionales, no ofrece duda que en la mente de todos está que la soberanía á que se alude es la soberanía popular, sin todas aquellas atenuaciones que hemos visto manifestarse en los

(1) Véase Taine, *Orígenes de la France contemporaine*, t. I y II.

Digitized by Google

Estados Unidos, y acentuada á veces por la aplicación del plebiscito.

8. Abonan por lo demás esta creencia, las condiciones en que el problema político se planteó siempre en Francia. Explica esto muy bien Boutmy. «A raíz de la Revolución—dice—el único ser colectivo que queda en pie es el pueblo entero, quien tuvo que crear, de la nada, las autoridades nuevas y la organización política» (1). Hubo, en verdad, un día en la historia de Francia, en que ésta no era más que una masa única y homogénea, constituída por un número inmenso de pequeñas mónadas humanas» (2). Es decir, un campo magnífico donde brotan y fructifican las ideas de Rousseau, que concebía la sociedad así, como una masa inorgánica de individuos naturalmente iguales. «A partir de 1789, puede decirse que hubo en Francia individuos que han sido reyes, pero no ha habido monarquía..... Reuniones de individuos delegados con el nombre de Pares, de Senadores ó de Diputados, pero no Cámaras, Senado ó Congreso, como corporaciones vivas, como instituciones históricas; los poderes todos creados por la ley miran siempre hacia la ley de donde proceden y al pueblo de donde procede la ley. La voluntad nacional es su alma, voluntad de todos, pero voluntad de un día, omnipotente hoy, lánguida mañana, hoy activa hasta el entusiasmo, mañana pasiva hasta el abandono» (3). En Francia, la nación se percibe de una vez, uniforme, igual, su Constitución es un acto imperativo que supone una concepción muy simple

(1) Obra citada, pág. 221.
(2) Obra citada, pág. 223.
(3) Obra citada, pág. 226.

Digitized by Google

y pura de la soberanía, como que, por las razones indicadas, «la nación francesa es la totalidad de los ciudadanos», en cuya voluntad reside el poder supremo, que teóricamente es la expresión de la voluntad de todos, pero que en la práctica se confunde con la voluntad de los más. Ahora bien; en Francia, donde la ecuación política, el problema político, no comprende más que dos términos: el individuo y el Estado, «un infinitamente pequeño y un infinitamente grande» (1), la fuente única y necesaria de toda autoridad legítima, á partir de 1789, viene siéndolo la mayoría numérica, expresada y contada por medio del voto; en suma, el criterio imperante en las transformaciones políticas que preparan más especialmente el régimen actual, ha sido, sin duda alguna, el que entraña la doctrina democrática de la soberanía popular.

9. Pero en Francia, la doctrina de la soberanía popular sufre también algunas atenuaciones, aunque no de tanto alcance, según ya dejo dicho, como las que sufre en los Estados Unidos.

En primer término en Francia, al igual que en todos los pueblos grandes, por su territorio y por su población, por más que se afirme dogmáticamente el principio radical de la soberanía popular, no puede aplicarse con el rigor lógico que exige su forma más propia, de la democracia directa: la necesidad de la representación se impone, y hasta tal punto llega esta necesidad á imponerse en Francia, que varias Constituciones declaran expresamente que la nación ejerce el poder por medio de sus delegados. Por otra parte, la organización política vigente, la que puede con-

(1) Boutmy, obra citada, pág. 251.

Digitized by Google

siderarse á modo de resultante de tantas afirmaciones y negaciones como desde 1789 se han producido, aplica el principio de la soberanía popular, con una porción de contrapesos mecánicos que hacen que el Gobierno tenga apariencias muy distintas de las que un Gobierno genuinamente inspirado en las doctrinas de la soberanía del pueblo, tendría. La elección presidencial, por las mismas Asambleas que ordinariamente legislan, sin abrir por tanto un período electoral directo, *plebiscitario;* la organización del Senado, reconociendo cierta personalidad política al elemento corporativo, y por fin el procedimiento ideado para reformar la Constitución, sin acudir á la reunión de unas Constituyentes especiales, son detalles relativos á la organización del Estado, que si dejan á salvo el principio fundamental, según el que la soberanía reside esencialmente en el pueblo, condicionan su ejercicio de modo que la aplicación del principio, lleva á consecuencias muy distintas de las que resultarían de otro modo, por ejemplo, haciendo al pueblo mismo gobernar por procedimientos plebiscitarios.

Mas con valer mucho estas atenuaciones al principio de la soberanía popular, todavía hay otra de más importancia y más alcance, por cuanto implica cierta modificación esencial en el principio mismo de la soberanía popular, en un sentido que me atrevo á conceptuar progresivo: hacia la soberanía nacional. No hay duda alguna que el análisis de los textos constitucionales da como resultado la conclusión á que nos referimos, favorable al imperio de la soberanía del pueblo; pero á pesar de todos los plebiscitos, á pesar del criterio de las mayorías que éstos suponen y que supone el sufragio universal considerado como fuente de poder, á pesar de todas las declaraciones de carácter nive-

Digitized by Google

lador, igualitario, hay en Francia una fuerza interna de cohesión é integración, resultado de la historia, que imprime un sello particular á sus manifestaciones políticas todas. Esa fuerza, que obra sobre el principio de la soberanía popular y la modifica y organiza, es la que resulta de la afirmación inconsciente del espíritu nacional. Francia, por mucho que se esfuercen los radicalismos, es algo más que una reunión de millones de ciudadanos, es una nación, y como nación procede, y somete á sus miembros todos, que cuando se conceptúan más soberanos é independiente, obran como representantes del Estado nacional. Faltan, en verdad, en este organismo político, los núcleos colectivos ingleses ó norteamericanos. Entre la nación y el individuo no hay nada; pero no importa, el espíritu nacional, que todo lo domina, y la conciencia nacional, que todo lo sostiene y dirige, determinan en el seno de la colectividad una corriente avasalladora, en virtud de la cual la voluntad de todos es cosa distinta de la mera suma de las voluntades individuales; es una voluntad colectiva, en la cual se reflejan los matices diversos de opiniones y de intereses históricos y actuales que en la Sociedad existen.

Digitized by Google

CAPITULO V.

LA SOBERANÍA EN LA CONSTITUCIÓN ALEMANA.

1. Las dificultades con que tropezábamos al estudiar la cuestión de la soberanía en los Estados Unidos á causa de la condición federal de sus instituciones, aumenta en grave proporción al considerar idéntico problema en la Constitución alemana, pues mientras al hablar de los Estados Unidos, lo que el problema exigía en este respecto era tan sólo que se fijase bien la naturaleza del Estado federal, la contextura especialísima del Imperio alemán pide que sean tenidas en cuenta las muchas limitaciones é imperfecciones con que se traduce por el derecho escrito la idea del *Estado de Estados*.

Hay, en verdad, una gran diferencia entre los términos uniformes, sencillos y precisos con que se hallan reguladas las instituciones federales, distribuídas las fuerzas y los poderes políticos entre los Estados particulares, definidas las autonomías iguales de éstos, señalado el procedimiento de reforma constitucional en la República americana y los términos, confusos, de doble sentido y alcance, de un valor aparente distinto del valor real, con

Digitized by Google

que todo eso se halla prescrito y dispuesto en la Constitución alemana.

Y, realmente, no podía ser de otra suerte. Recuérdese lo accidentado y difícil del desenvolvimiento histórico de la Constitución política de Alemania; recuérdense las oposiciones que la impiden, las luchas intestinas que la destruyen tantas veces, la desigualdad de las fuerzas que la integran, las escondidas ambiciones de poderío personal y de hegemonía de un pueblo que al fin se manifiestan, y compárese con las condiciones de relativa espontaneidad, de buen fin y de igualdad, bajo que se consolida á la larga la unión americana, y se comprenderá y explicará la diferente naturaleza de estos dos Estados compuestos, y por qué el uno realiza casi el ideal del Estado federal orgánico, y el otro lo realiza á medias; y á la vez se comprenderá y explicará por qué aumentan las dificultades del problema de la soberanía en la Constitución alemana.

2. Pero veamos particularmente ésta: ¿cómo determinar, según ella y en ella, quién es ó quién se reputa el soberano?

«A no considerar las cosas más que tal como se ofrecen en 1871, dice Lebón, la Constitución alemana aparecía, no como una carta otorgada, sino como una ley fundamental sucesivamente adoptada por los Gobiernos y el pueblo. Resulta de un pacto entre los príncipes, ratificado por el sufragio universal, pacto eterno, del que nadie puede separarse sino por medio de una revisión constitucional; distínguese á este propósito de las Constituciones anteriores de Alemania que se apoyaban sólo en el acuerdo de príncipes. Distínguese, además, en que en lugar de una confederación de Estados funda un Estado federal, donde el po-

Digitized by Google

der central tiene atribuciones, recursos....., donde sú soberanía restringe y subordina las de sus miembros.....» (1).

Esta impresión que la Constitución produce, contemplada en sus primeros momentos, como Constitución del Imperio, es la misma que produce examinando los trámites de su elaboración y las declaraciones de su texto. La Constitución es en principio un pacto, un pacto en 1867 entre los Estados que forman la Confederación del Norte y un pacto en 1871. «Su Majestad el Rey de Prusia, á nombre de la Confederación de Alemania del Norte....., el Rey de Baviera, el del Wurtemberg....., etc., etc., *han convenido* una Confederación perpetua para la protección del territorio federal y del derecho en vigor, así como para asegurar la prosperidad del pueblo alemán» (2). Y no sólo esto, no sólo se estipula esa alianza entre Estados, sino que se busca una sanción al convenio en la representación popular de Alemania, reunida en *Reichstag*, lo mismo en 1867 que en 1871, y por si esto no fuera bastante, la Constitución fué ratificada por los *Landtag*, ó Cámaras particulares de los Estados.

Indudablemente, en los orígenes *aparentes* de la Constitución, resulta ésta con todos los requisitos y distingos de una Constitución federal y representativa. Trátase, á lo que parece, de una afirmación clara de la soberanía social, representada por las Cámaras populares, á cuya decisión se sometió la ley acordada por los Gobiernos. No es ésta la soberanía del Estado plena, pero anda muy cerca de serlo.

3. Y lo bueno es que, á fijarse en la determinación legis-

(1) *Études sur l'Alemagne politique*, pág. 61.
(2) Encabezado de la *Constitución*.

Digitized by Google

lativa de los órganos federales del poder, antes se confirma que se rectifica lo que de los orígenes y del preámbulo se acaba de inferir *provisionalmente*.

En efecto; los órganos políticos principales del Estado federal son, según la Constitución escrita y por este orden: 1.º El Consejo federal ó *Bundesrath*, compuesto por «los representantes de cada Estado de los que forman parte de la Confederación» (1). Sus atribuciones: participación en el Poder legislativo con el *Reichstag* (2), intervención en las funciones ejecutivo-administrativas (3). 2.º El Presidente (*Præsidium*) de la Confederación, jefe del Estado y del Poder ejecutivo, auxiliado por el Canciller y sostenido por el *Bundesrath* (4), y 3.º El *Reichstag*, ó Cámara popular de todo el Imperio, «elegido por sufragio universal y directo, con voto secreto» (5). Sus atribuciones: participación en el Poder legislativo (6). Además, puede considerársele como la representación específica de los cambios periódicos de la opinión pública.

Como se ve, nada más correcto. Las dos Cámaras representan los dos elementos que necesariamente integran al Estado federal; el colectivo de los Estados, y el individual del pueblo. «Los miembros del *Reichstag*, dice la Constitución, representan al pueblo entero» (7). Además, la Cámara popular, por su origen electivo, mediante el

(1) Constitución del Imperio alemán, de 16 de Abril de 1871, art. 6.º
(2) Idem, art. 5.º
(3) Idem, artículos 7.º y 8.º
(4) Idem, artículos 11 á 19.
(5) Idem, art. 20.
(6) Idem, artículos 5.º y 23.
(7) Idem, art. 29.

Digitized by Google

sufragio universal directo, es un reconocimiento expreso de la participación en la soberanía del todo social. Por otra parte, el *Presidente* se ofrece como la personificación de la unión del Estado, sin *veto* legislativo (1), y con atribuciones determinadas. Todo hace presumir la existencia de una *entidad suprema*, á la que obedecen esos órganos del poder político, entidad que, atendiendo al origen de la Constitución, debiera ser el conjunto orgánico de los dos elementos (los Estados y el pueblo) que participan de la formación del documento constitucional en que se consagra la existencia del nuevo Estado.

4. Pero todo lo expuesto es la verdad aparente, ó parte de la verdad. Sin duda alguna, el principio de la soberanía del todo social hállase, hasta cierto punto, reconocido, lo mismo en los procedimientos con que se hizo la Constitución que en la organización del *Reichstag*. Mas penetrando, mediante el estudio de las condiciones del Imperio, y un análisis detenido de la Constitución, se ve ese principio hábilmente rectificado, tanto en lo relativo á la determinación del sujeto soberano, cuanto en el ejercicio de la soberanía.

En primer lugar, las instituciones de los más grandes Estados que concurren á formar la Constitución federal, traducen los principios del doctrinarismo á su modo. El tipo de Constituciones dominantes es el de carta á veces, pero sobre todo el de pacto, según la inspiración de Kluber (2). Muchos lo dicen expresamente (3); se trata de un

(1) Constitución, art. 5.°

(2) *Offentliches Rechts des deutschen Bundes und der Bundesstaaten* 1840, pág. 406.

(3) Véase Borgeaud, obra citada, libro I.

Digitized by Google

pacto entre el príncipe y los súbditos, ó sea, como dice Borgeaud, se trata «de conciliar el derecho del pasado, de que no se quería renegar, y el derecho del presente, que se quería mateners». Ahora bien; ya sabemos lo que esta idea del pacto entre el Rey y el pueblo, explícita ó implícita en una Constitución, supone. Por este lado tropezamos con un fondo político social harto diferente del que se nos ofrece en los Estados Unidos. Aquí el pueblo, representado por un sufragio generalmente universal, que dicta libremente sus leyes fundamentales, y que no tiene que contar sino consigo mismo ó con instituciones que en él se apoyan. En Alemania, en la casi totalidad de los Estados; príncipes hereditarios, dinastías indiscutibles y pueblos representados por medio de sufragios más ó menos limitados en sus Cámaras legislativas.

En segundo lugar, la representación de los Estados en el Consejo federal no ostenta un carácter electivo análogo al que los Estados ostentan en el Senado norteamericano. Los miembros del *Bundesrath*, son designados por los Gobiernos de cada Estado. Es el *Bundesrath* una cámara de plenipotenciarios, que no recoge periódicamente las inspiraciones del Estado, como tal Estado, mediante una renovación periódica.

Por último, el Presidente de la Confederación, el Emperador, lo es perpetuamente, el Rey de Prusia (1). Como era lógica de una agrupación de dinastías, resultó la aplicación de los principios dinásticos á la organización de la magistratura representativa de la unidad del Estado federal.

5. Fijándonos más detenidamente en la Constitución,

(1) Constitución, art. 11. Véase Lebón. Obra citada, capítulos II y III.

Digitized by Google

vése, ante todo, que no se trata de una organización política que un pueblo se da á sí propio espontáneamente, sin más preocupaciones que su interés colectivo, y la necesidad de formar un Estado, exigido por las circunstancias; vese además, que los elemcntos que entran á formar la Confederación primero y luego el Imperio, son de una desigualdad tal (Prusia por ejemplo y Schaumburgo-Lippe) (1), que dadas las ideas imperantes acerca del Estado y del equilibrio mecánico que en un Estado federal debe existir, era imposible ponderar convenientemente. Por último, se advierte que las ideas políticas á que en el fondo responde la organización de los poderes en su ejercicio, distan mucho de ser las ideas puras del régimen representativo. Implican una soberanía compuesta por elementos contradictorios muy complejos.

Veamos esto más detalladamente aún.

6. El *Bundesrath* consta de 58 miembros, representantes de 25 Estados, cada uno de los cuales tiene un número de miembros calculado, no según la población, ni según la representación personal colectiva que exigiría la igualdad, sino según la importancia que se les atribuye. Prusia tiene 17 votos en el *Bundesrath*; es decir, 1 por cada 1.600.000 habitantes, mientras Schaumburgo-Lippe, tiene 1, que hace 1 por 30.000 habitantes (2). Es decir, que salvo la exigencia del acuerdo entre los votos de un mismo Estado (3),

(1) Según el censo de 1880, de un total de 45 millones de habitantes en el Imperio, 27 eran de Prusia, 5 de Baviera, 3 de Sajonia, 3 de Wurtemberg y 8 de los 21 Estados distantes.

(2) Constitución, art. 6.°

(3) Constitución, art. 6.° Acerca de la situación de los Estados en el Imperio, véase Laband, *Das Staatsrechts des deutches Reiches*, vol. 1, pág. 102 y siguientes.

Digitized by Google

nada hay que se parezca á aquel reconocimiento de la igualdad personal y política de los Estados particulares de la República norteamericana, representados todos por dos senadores cada uno en el Senado federal. Desde luego se advierte, que el Consejo federal está organizado con habilidad en vista de ciertos fines, cuales son el predominio de Prusia, á quien le sobran tres votos, según el artículo 78 de la Constitución, para mantener el estado actual de la misma. Lo cierto es, que en la práctica el *Bundesrath* es el campo de operaciones y el baluarte inexpugnable de la política prusiana, que representa naturalmente el Emperador.

7. Por otra parte, éste que, como Presidente, ocupa un segundo lugar en la Constitución, tiene el puesto preeminente en la práctica (1). Llevando á la vida política federal las ideas de la Monarquía prusiana, el Emperador no se reputa hoy como el mero Presidente de la Confederación, sometido como el de los Estados Unidos á la Constitución, sino como el jefe del Estado, que por un lado interviene en la Constitución por su influjo natural en el *Bundesrath* á nombre y como Rey indiscutible de Prusia, siendo, en razón del principio hereditario dinástico, anterior y superior á la voluntad del pueblo mismo.

La idea fundamental que en este punto parece imperar es la de que el Emperador *representa* directamente al pueblo, según decía ya Federico el Grande, personificando, al modo casi como Hegel lo entendía, la unidad del Estado. Por eso se conceptúa como el guardián irresponsable é indiscutible de la Constitución y de las tradiciones, estando

(1) Véase Dupriez, obra citada, t. I, páginas 477 y 478.

Digitized by Google

por encima de los cambios que pueda sufrir la opinión del día (1).

8. Queda por fin el *Reichstag*, en el cual, como hemos dicho, encarna el principio representativo, con caracteres acentuadamente democráticos. Pero téngase en cuenta que hasta hoy al menos su importancia en el juego diario de las instituciones políticas es muy inferior á la de un Parlamento inglés, francés, belga ó italiano. No es ciertamente el centro dinámico impulsor de la política, porque su opinión no influye directamente en las determinaciones de las personas que ejercen el poder ejecutivo. El Canciller, que depende sólo del Emperador, puede mantenerse contra el *Reichstag*, al cual asiste, pero no como un ministro asiste al Parlamento, sino á nombre del *Bundesrath*, como plenipotenciario de Prusia.

Conviene, independientemente de esta significación del *Reichstag*, tener en cuenta para la apreciación final del problema, que de 397 miembros que componen esta Cámara, 236 corresponden á Prusia.

9. Ahora bien, del estudio, tanto de las condiciones generales del Estado, cuanto del análisis de la Constitución imperial, resulta, en verdad, indeterminada y vaga la solución histórica del problema del soberano, ó mejor, de quien se reputa tal en el origen y en el ejercicio del poder. Á lo menos se señalan exteriormente tres fuerzas políticas á quien conjuntamente se atribuye, tanto en el origen como en el ejercicio actual, el poder supremo, á saber: 1.º Los Estados, pero los Estados representados según las magis-

(1) Tal es el sentido dominante en los historiadores modernos alemanes que se afanan por glorificar la casa real de Prusia.

Digitized by Google

traturas que en el momento ejercen el poder político interior, según principios doctrinarios en muchos de ellos. 2.° El Emperador, que representa la tradición, y es lazo superior de unión federal, con el apoyo del *Bundesrath*, y 3.° El *Reichstag*, representación del pueblo.

Necesario es para ver cómo concurren en la elaboración del poder los elementos representados por sus tres órganos de Gobierno, estudiar cómo actúan (1). Del articulado de la Constitución resulta que en el ejercicio ordinario del poder legislativo, concurren el Consejo federal y el *Reichstag* (2). Es decir, que una decisión expresa del Estado alemán supone tener de su lado la representación popular y las opiniones de la *mayoría de los votos* del *Bundesrath*, que no es precisamente la mayoría de los Estados. El Emperador no tiene participación en esta función como Emperador, salvo en el caso de decidir ciertas oposiciones en el Consejo federal (3). Entonces su voto, si se pronuncia por el *statu quo*, es decisivo.

Pero aquí está precisamente la parte interna y más difícil de la Constitución en la práctica y en el juego normal de las Constituciones. Como el Emperador es de hecho dueño del *Bundesrath*, y como en el *Bundesrath* domina Prusia (4), resulta, que así como en la formación del Imperio se manifiesta la fuerza suprema del pueblo alemán dirigida por Prusia, y el ejército de esta nación hizo el Imperio, así en el ejercicio normal del poder político, el poder más fuerte es la Prusia misma, representada por las ideas

(1) Burgess, obra citada, t. I, pág. 155 y siguientes.
(2) Constitución, art. 5.°
(3) Constitución, art. 5.°
(4) Lebón, obra citada; Burgess, obra citada, t. I, pág. 163.

Digitized by Google

personales del Emperador. Hállase por otra parte esto consagrado en el art. 78 relativo á la modificación posible de la Constitución. Prusia no puede por sí sola modificar la Constitución, pero puede llegar á hacerlo, dominando el voto en el *Bundesrath* de unos cuantos Estados inferiores, y contando con la mayoría del *Reichstag*, pudiendo además, con catorce de sus votos, oponerse á toda reforma que la perjudique.

10. Hay, sin embargo, mucho de contingente y modificable en esta composición mecánica ideada por los fundadores del Imperio, á causa de la existencia de un elemento que poco á poco va teniendo una personalidad saliente, y que se va revelando en ciertos caracteres que no se amoldan á la distribución de fuerzas fijadas y ponderadas en la Constitución. Este elemento es el pueblo alemán, que contribuyó á hacer y consolidar el Estado federal, y que en las luchas políticas se manifiesta como nervio potente de unión y con ideas propias sobre los problemas del Estado federal, sin atender á predominios ni á hegemonías de un Estado particular. El *Reichstag* es su órgano. Realmente, simplificando los términos, el problema de la soberanía en Alemania se ofrece hoy como un dificilísimo problema de mecánica política, en el cual las fuerzas que se oponen, y al oponerse producen una resultante que no es fija, son de un lado el Emperador, representante de la tradición y del derecho antiguo, apoyado por el poderío militar de Prusia; el Emperador es de hecho soberano en el origen y por las facultades de que dispone en el ejercicio del poder; y del otro el *Reichstag*, que representa el poder actual de las fuerzas todas del pueblo alemán. Ante estas dos fuerzas desaparecen todas las demás, hoy al menos. Ellas son las

Digitized by Google

que deciden los problemas capitales del Estado federal, dentro de los términos de la competencia constitucional y aun fuera de ella, en la determinación del ideal político de la raza. Basta recordar la significación grandísima y el alcance inmenso que para los destinos de Alemania tienen estos dos datos: 1.°, lo que piensa, quiere y dice el Emperador; y 2.°, lo que resulta de unas elecciones del *Reichstag*.

Hasta ahora, en virtud del gran prestigio militar del Imperio, y de la política guerrera del Estado federal, se han podido sortear los conflictos todos; pero, ¿qué ocurrirá el día en que las opiniones mantenidas personalmente por el Emperador, sean rechazadas por el pueblo alemán en varios *Reichstag* sucesivos?

11. Resumiendo en breves términos la indagación que acabamos de hacer para definir la doctrina de la soberanía á que responde el Estado alemán, dada su Constitución, creo que es necesario ver á través de las complicaciones de su Estado federal, compuesto por Estados desiguales, sometidos á leyes con excepciones en pro de algunos, como por ejemplo Baviera, Wurtemberg, Baden, etc. (1), lo siguiente: 1.° Una manifestación del reconocimiento de la soberanía del Estado, en la manera como se constituye el Estado federal, en cuanto concurren á ello las fuerzas sociales todas interesadas, Estados y pueblo, pero viciada en el origen por la significación doctrinaria de los poderes de los Esta-

(1) Constitución, artículos 4, 35, 46, 52 y otros. Sobre la situación particular de estos Estados en el Imperio, véase Laband, obra citada, t. I. Acerca del problema en general, véase Schulze, *Lehrbuch des deutschen Staatsrechts*, vol. I; Von Rönne, *Das Staatsrechts des deutschen Reiches;* Zorn., *Das Staatsrechts des deutschen Reiches;* Meyer, *Lehrbuch des deutschen Staatsrecht.*

Digitized by Google

dos y por el influjo preponderante de Prusia, que pone desde el principio sobre un pie de desigualdad completa las instituciones federales (el Emperador es Rey de Prusia, etc.), y 2.° Dentro ya de la vida del Estado federal, que poco á poco se va formando, el principio de la soberanía, es indefinible con caracteres determinados y puros. No se trata de la soberanía del Estado, ni de la soberanía nacional, porque se oponen á ello la significación personal del poder imperial, y el *Bundesrath*, pero tampoco se trata de la soberanía patrimonial de los reyes absolutos, porque se oponen á ello el origen de la Constitución, el carácter representativo que se irroga el Emperador (Emperador del pueblo), y la organización y significación del *Reichstag*, elegido por sufragio universal y directo. En rigor, trátase de una forma originalísima, sin duda transitoria, que pudiera considerarse como *soberanía del Estado*, de una especie particular, según la que el Estado no es la sociedad misma organizada para el derecho, sino el depositario de la mayor suma de fuerzas políticas en el actual momento historico.

Digitized by Google

CAPÍTULO VI.

DOCTRINA DE LA SOBERANÍA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA VIGENTE.—APRECIACIÓN PRÁCTICA DE LA MISMA.

1. La determinación de la doctrina de la soberanía en que se inspira la Constitución vigente en España, es relativamente fácil. No importa para el caso que la Constitución, á diferencia de las de 1812 (1), 1837 (2), *non nata* de 1856 (3) y 1869 (4), y como la de 1845, no tenga declaración expresa relativa á la residencia de la soberanía. Precisamente por lo que eso significa, dado el carácter de nuestro derecho constitucional, la falta de la declaración aludida sugiere desde luego la tendencia doctrinaria á que su redacción obedece.

2. Por otra parte, hay dos datos importantísimos que revelan los supuestos implícitos de la Constitución de que ahora se habla, á saber: 1.°, cómo se ha formado; y 2.°, la declaración del preámbulo de la misma.

---

(1) Art. 3.°
(2) Preámbulo.
(3) Art. 1.°
(4) Art. 32.

Digitized by Google

La Constitución de 1876, afirmación expresa de las tendencias á que responde la Restauración borbónica de 1874-75, y como protesta, al principio sobre todo, contra las tendencias imperantes en el derecho constitucional político de España, á consecuencia de la Revolución de 1868, fué hecha en unas Cortes, que no tuvieron, en modo alguno, el carácter de verdaderas *constituyentes*. Eran Cortes cuya obra requería la *sanción Real*, según ya se ha manifestado al tratar de las fuentes de nuestro derecho político vigente.

3. El alcance que en el derecho constitucional español tiene este modo de formación, se comprenderá, desde luego, con sólo tener en cuenta que una de las notas características de los cambios radicales ocurridos en el desenvolvimiento del régimen moderno, es la índole de la Asamblea, á cuyo cargo ha corrido la redacción de la Constitución respectiva, siendo, además, esto un signo revelador del criterio imperante acerca de la naturaleza atribuída á las instituciones que de hecho quieren representar, las ideas tradicionales sobre el origen de la Monarquía y sobre su valor como elemento permanente interno de la nacionalidad.

Al afirmarse por primera vez entre nosotros el régimen moderno en las Cortes de Cádiz, como todavía no se había podido apercibir la Monarquía (representativa del sentido tradicional ó patrimonial del poder) para oponerse á los efectos disolventes de la Revolución, y, por otra parte, era suficientemente fuerte para llegado el caso luchar contra el planteamiento del sistema constitucional (como ocurrió en 1814 y en 1823), se consignó por aquella Asamblea el principio de la soberanía nacional puro y simple.

Ya hemos visto de qué modo (lib. II, cap. VII, artículos 1.° y 2.°) se va acentuando, después de vencidas las nega-

Digitized by Google

ciones radicales primeras, la consolidación del régimen moderno, bajo la forma de una lucha más ó menos violenta y á veces material, durante el reinado de Isabel II, entre las aspiraciones de la Monarquía á ser una institución anterior y superior á la Constitución escrita, y las aspiraciones de los partidos liberales á recobrar expresamente para la nación, representada en Cortes constituyentes, el poder supremo y el atributo de la soberanía. Consecuencia de esto fué que cuando estos partidos dominaban generalmente por tener de su lado el ejército (1836, 1854-56 y 1868-69), la Constitución escrita era obra de unas Cortes, reunidas al efecto, con el carácter de *constituyentes*, en representación de la nación, afirmándose en ellas la soberanía de la nación y considerando las instituciones de gobierno como creación constitucional (sobre todo en 1856 y 1869). Por el contrario, cuando por las revueltas políticas imperaba el sentido opuesto, con más ó menos atenuaciones en virtud del influjo del elemento representativo del doctrinarismo, la Constitución era, ó una obra del Rey (Carta otorgada, el Estatuto Real de 1834), ó una obra de Cortes más ó menos *ordinarias*, con la sanción del Monarca, no conteniendo entonces el documento constitucional afirmación alguna expresa tocante á la soberanía (Constitución de 1845 y reformas constitucionales de 1857 y 1864).

Ahora bien: dados estos antecedentes interesantísimos se comprenderá lo que antes decía tocante al importantísimo alcance del primero de los datos relativos á la Constitución de 1876, esto es, el que supone la formación de la misma en Cortes, con la sanción real por condición necesaria.

4. Este alcance hállase, después de todo, perfectamente

Digitized by Google

expresado en el preámbulo mismo de la Constitución. Dice á la letra ésta: «D. Alfonso XII, *por la gracia de Dios Rey constitucional de España*..... sabed: que en unión y de *acuerdo* con las Cortes actualmente reunidas, hemos venido *en decretar* y *sancionar* la siguiente Constitución de la Monarquía española»; lo cual es cosa muy distinta de lo que, por ejemplo, dice en otro lugar análogo la Constitución de 1869, á saber: «*La Nación española*, y en su nombre las Cortes *constituyentes* elegidas por sufragio universal, deseando afianzar la justicia, la libertad y la seguridad, y proveer al bien de cuantos vivan en España, *decretan* y *sancionan* la siguiente Constitución.»

En efecto, en ésta, la nación se conceptúa como el origen de todo poder, como la base del Estado, ó como el Estado mismo; la Constitución viene á ser su obra, y el Gobierno resulta absolutamente subordinado á la nación soberana, que puede, cuando lo estime oportuno, reformarla; en aquélla, la nación es un supuesto de que no se habla, como es otro, pero explícito, la Monarquía, siendo la Constitución obra de ésta, de acuerdo con la representación en Cortes de la nación. Aparece más claro é indudable este carácter de pacto ó acuerdo, y la directa intervención de la Monarquía y la representación en Cortes con poder igual, en la elaboración de la Constitución, comparando la fórmula del preámbulo constitucional, que dice: «hemos venido (el Rey de acuerdo con las Cortes) *en decretar* y *sancionar*», con la fórmula comunmente usada al promulgar las leyes ordinarias, que dice: «*las Cortes* han *decretado* y *Nos sancionado*.»

La consecuencia natural de todo esto es que al tenor literal de la Constitución, ó sea del derecho escrito, se re-

Digitized by Google

pute como depositario del poder supremo, es decir, como soberanos á la Monarquía en la persona del Monarca reinante, y á la representación nacional en Cortes ambos á la vez y con participación idéntica. Lo que en su tiempo se dijo respecto de cómo podría *legalmente* reformarse la Constitución actual, confirma la conclusión que acabo de sentar.

5. Pero esto es el derecho escrito. Ahora, ocurre una duda, si acaso se trata de elevar esta conclusión particular á conclusión definitiva, en virtud de la cual se entienda que, en efecto, del derecho constitucional español totalmente considerado, se debe inducir lo mismo que se infiere del derecho escrito. Realmente, en cuanto la Constitución significa la ley fundamental del Estado, por lo que en todos los pueblos modernos es obra de aquella representación que se reputa como la más directamente depositaria del poder supremo, ó como quiere Burgess (1), obra de quien se reputa el Estado mismo, parece que hoy por hoy debe afirmarse que en España la soberanía reside en el Rey, que lo es por la *gracia de Dios*, y las Cortes que representan á la nación como entidad política. Pero ¿cabe considerar esto como de la esencia íntima de nuestro derecho constitucional? Delicadísima y difícil es la cuestión. Por de pronto, la accidentada historia del desenvolvimiento del regimen constitucional español no abona la afirmativa. En España, desde 1812, en que se ha hecho la declaración de la soberanía del todo social, hemos procedido por movimientos contradictorios de acción y reacción, cuyas etapas significan, en definitiva, la afirmación cada vez más radical de

1) Obra citada, t. I.

Digitized by Google

aquel principio (1820, 1836, 1854-56, 1869, y 1873), y la rectificación cada vez más atenuada del mismo por la transformación del poder del Monarca (1814 y 1823, 1834.—Estatuto Real, 1845, 1864, 1874-76). Parece como que se verifica en todo el presente siglo un gigantesco trabajo para asentar el principio de la soberanía nacional.

Por otra parte, no puede menos de reconocerse que el criterio político fundamental *en sí*, y en sus consecuencias gubernamentales, ha cambiado muchísimo desde los primeros momentos de la Restauración. La Regencia, con las reformas políticas admitidas, y bien ó mal aplicadas, señala una dirección en el sentido antes expuesto, y hacia la práctica más completa del régimen representativo.

En vista de todo esto, acaso puede sostenerse que el derecho escrito refleja una solución transitoria en punto al problema de la soberanía, solución que cada día parece ser rectificada de hecho por el creciente imperio que *en teoría* se reconoce á la opinión pública. Naturalmente, aun siendo transitoria la fórmula del derecho escrito por los supuestos permanentes é indiscutibles que implica, puede ser algún día un obstáculo á la dominación de ciertas corrientes; pero esto no importa nada para la opinión expuesta. Ocurrirá entonces lo que ocurre siempre que el derecho escrito, aunque tenga fuerzas que lo sustenten, se pone en contradicción con las aspiraciones clara y terminantemente formuladas y vigorosamente expresadas en el Estado, de la opinión general.

6. Resumiendo lo dicho, y teniendo además presente los datos que la realidad misma de la vida política ofrece, creo que en el estado actual, el derecho constitucional español no responde á un criterio puro y definido en punto

Digitized by Google

á la soberanía. Fluctúase entre las tendencias que simpatizan con la soberanía nacional, entendida un poco en el sentido de las soluciones de la soberanía popular, tendencias reafirmadas por el restablecimiento del sufragio universal, y las que significan, en el orden *legal*, las manifestaciones doctrinarias del preámbulo de la Constitución de 1876 y la ausencia de un procedimiento especial para su reforma.

No podemos, en verdad, aludir, tratándose de España, á la soberanía del Estado. En el fondo, á eso se va en todas partes; pero la aplicación práctica de lo que tal doctrina supone, encuentra entre nosotros multitud de obstáculos, hoy por hoy insuperables, y que provienen: 1.º, de las declaraciones antes copiadas de carácter legal; 2.º, del influjo tradicional, por el que hay cierta incapacidad psicológica que apenas si empieza á desaparecer, para ejercer el poder político con criterio distinto del criterio absolutista; 3.º, de la imitación francesa, en virtud de la que somos un país centralizado que ha procurado apagar las necesarias manifestaciones espontáneas del espíritu regional y local; 4.º, de las ideas imperantes como consecuencia del influjo del liberalismo ecléctico y formalista, y 5.º, de lo viciado y corrompido de las costumbres políticas, que impiden la formación de corrientes que expresen *sinceramente* las aspiraciones dominantes en la opinión pública.

* * *

Teniendo en cuenta la importancia trascendentalísima del problema de la soberanía política, creo de suma utilidad señalar los resultados que de una breve comparación

Digitized by Google

de las diferentes soluciones expuestas en los anteriores capítulos pueden recogerse.

La nota común más saliente que cabe apreciar, es la de que con mayor ó menor intensidad y extensión, y dándose cuenta de ello en una medida distinta, todos los Estados afirman la soberanía del todo social. La tendencia inmanente á que ha poco se aludía (cap. II, núm. I de este libro) predomina sin duda, aunque sea con las reservas parciales, á que también se hacía referencia, y que ahora sabemos que significan, en Alemania el poder personal imperial y en España los supuestos de la Constitución.

Los términos extremos en que el concepto dominante de la soberanía se contiene en el derecho constitucional, son, de un lado, la soberanía popular y atisvos de la nacional, según se entiende y practica en Francia, y las tendencias hacia la realización del principio de la soberanía del Estado que se acusan en Inglaterra, representando una solución intermedia, la que hemos definido en los Estados Unidos, y soluciones mixtas, transitorias, las de Alemania y España.

Puede asegurarse que en los Estados cuyas Constituciones examinamos y que representan, después de todo, la realización histórica del ideal político en sus formas diversas, se ha llegado, en lo relativo á la soberanía, á ver claras dos de las ideas más capitales, á saber: 1.ª, que el soberano en el Estado no puede ser ninguna persona particular, sino el todo, radicando las diferencias sobre quien se reputa el todo (la nación, el cuerpo electoral, la representación, el Estado, etc.); 2.ª, que la soberanía es atributo, cuya razón radica en el todo mismo y se ejerce por representación de éste: la tendencia á rectificar en este punto el alcance del

Digitized by Google

principio hereditario, que va quedando sólo como principio regulador de la familia, es notoria é indiscutible.

Pero hay una tercer idea, esencialísima en la soberanía, que es la que implica su aspecto fundamental, y según la que la soberanía, aun cuando suponga el poder supremo, no supone el poder material ilimitado y sin norma interior jurídica (1), sino el poder supremo racional. ¿Puede afirmarse que los Estados modernos se hayan penetrado de esta otra idea de la soberanía? Desde luego cabe afirmar que vislumbres no faltan, como lo demuestran las *Declaraciones de derechos*, y como lo demuestra también en los Estados Unidos, Francia y Alemania, la existencia de ciertas formalidades exteriores á que el mismo soberano, ó su representación más directa, debe someterse cuando reforma la ley fundamental, y en Inglaterra y España el carácter legislativo de la Constitución. Por otra parte, la Constitución misma tiene el significado jurídico que sabemos. Pero lo dudoso es que esos vislumbres acusen en el que se reputa soberano, y en el que en definitiva, aun sin reputarse tal, lo sea, la conciencia reflexiva (colectiva) de que el poder que tiene es un poder supremo, en cuanto legítimamente no hay otro sobre él; pero sometido á ley de derecho (no es arbitrario), que entraña en el que lo tiene el deber de obrar dentro de límites, que no lo son por estar impuestos desde afuera por fuerzas contrarias, sino por ser los que en razón él mismo reconoce y pone como freno *ético* de su obra. En este punto, lo más corriente hoy por hoy es que el soberano del Estado se crea con poder para hacer todo lo que materialmente pueda, en beneficio pro-

(1) TEORÍA DEL ESTADO, lib. VI, cap. I.

Digitized by Google

pio, que resulta el *beneficio* en teoría de todos, ó de los más, reflejándose así en algunas partes la acción invencible de la tradición psicológica del absolutismo (Francia, Alemania y España), y en todas el influjo de las luchas por el poder social, con más el de los conceptos reinantes del derecho, considerado como mera relación exterior y coactiva.

Ahora bien: debe notarse que ahí es donde radica el obstáculo más difícil de vencer, para la realización sincera y plena del ideal del *Estado según el derecho* (1). Mientras no impere en la conciencia humana, individual y social, la idea de justicia como motivo supremo y universal del obrar; mientras esta idea no someta, por libre y entusiasta adhesión á sus dictados, la conducta del Estado y de todos en el Estado, habrá mucho camino que andar, para llegar á decir que el derecho constitucional refleja todo lo que supone, y faltará á la forma natural del Estado: la representación, la base ética, que es su imprescindible y esencial fundamento.

---

(1) Véase TEORÍA DEL ESTADO, libros I y II.

Digitized by Google

Digitized by Google

LIBRO IV.

LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL.

Digitized by Google

Digitized by Google

LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD
Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL.

CAPÍTULO PRIMERO.

IDEAS GENERALES ACERCA DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD.

1. Como á pesar de cuanto en contrario se diga, una de las ciencias en que menos se ha progresado, ó á lo menos, cuyos progresos se han difundido menos, es la filosofía del derecho, nada de particular tiene la anarquía que reina en las ideas corrientes entre los tratadistas, y por ésta y otras razones de carácter circunstancial, en las Constituciones escritas, acerca de la significación jurídica y política, alcance real, y esfera propia de los derechos de la personalidad (derechos del hombre y del ciudadano, derechos individuales), cuya teoría filosófica entraña la demostración del lazo íntimo que existe entre el derecho y el Estado (1).

Prescindiendo del aspecto general de la cuestión, y ciñéndonos al terreno del derecho constitucional, nos en-

(1) Véase TEORÍA DEL ESTADO, lib. I, cap. III, y lib. II, cap. I.

Digitized by Google

contramos por de pronto con que falta hasta una tecnología normal adecuada, y como advierte Orlando, «si hay que deplorar muy á menudo en el estudio de nuestra ciencia una gran incertidumbre en los términos de que hay que servirse, en ninguna cuestión debe lamentarse esto tanto como á propósito de..... la *noción de libertad*» (1). Verdad es que no se pone Orlando en la situación más ventajosa para evitar ese escollo y vencer las ulteriores dificultades. En efecto, considera el distinguido tratadista italiano la cuestión bajo el epígrafe general de *Relaciones entre el individuo y el Estado*, y como desenvolvimiento de la *teoría de la libertad* (2), que es como la consideran en Italia también, Sansonetti (3), que conceptúa los derechos á que aludimos como manifestaciones de la *libertad individual*, y Palma, que comprende lo referente á los mismos como *Ordenación de la libertad* (4), y fuera de Italia, por ejemplo, Lieber (5) y Burgess (6), los cuales conceptúan cada uno á su modo, la organización del derecho personal, como problema que se refiere á la libertad en sus manifestaciones exteriores, y especialmente en sus relaciones con los poderes del Estado.

2. Ahora bien: independientemente de que, como luego ha de verse, no se procede bien al ponerse en el punto de vista de la libertad, para tratar de los derechos de la personalidad humana individual y social, muchas de las va-

(1) *Principii di Diritto costituzionale*, pág. 223.
(2) Obra citada, lib. VII.
(3) *Trattato di Diritto costituzionale*, t. I.
(4) Obra citada, t. III.
(5) *Civil Liberty and Selfgovernment.*
(6) Obra citada, t. I, pág. 174.

Digitized by Google

guedades é incertidumbres de la teoría que estudiamos provienen del empleo mismo de una palabra, á la cual se ha dado significación muy distinta, según se la adjetiva de una manera ó de otra, ó según se la ha practicado en la vida política. «Vago en sí mismo, afirma el propio Orlando, adoptado para designar como series de relaciones correspondientes á órdenes científicos diversos, el término *libertad* se ha introducido en el campo del derecho público, produciendo una gran confusión, en razón de los múltiples sentidos en que se le puede tomar. Aunque sea prescindiendo de la libertad *moral* y de la libertad *económica*, en el campo político la idea de libertad se ha afirmado como manifestación del derecho del pueblo á intervenir en la cosa pública (por lo que *libertad* se confunde con *democracia*, tendencia imperante en la escuela francesa), ó como manifestación de la esfera de actividad que el individuo se reserva frente á la ingerencia social, no sólo en el campo político, sino en el económico, ético, intelectual, por lo que *libertad* se confunde con *individualismo*, tendencia imperante en la escuela inglesa» (1).

3. Á mi modo de ver, aunque inexacta é inadmisible la consideración de los derechos de la personalidad, primero como teoría de las relaciones entre el *individuo* y el *Estado*, segundo como teoría de la libertad, y mucho menos, tercero, como una teoría de la libertad individual, tal consideración explícase por los mismos motivos que determinan en la práctica las confusiones reinantes, á saber, las formas extraordinarias y los caminos tortuosos por los que se ha

(1) Obra citada, páginas 223 y 224. Lieber, en el libro antes citado, capítulo II, trata muy extensamente la definición de la libertad.

Digitized by Google

introducido en el derecho constitucional la idea filosófica que implica la consagración solemne *política*, esto es, hecha á nombre del Estado, de los derechos de la personalidad, como derechos del hombre y del ciudadano. Pero, antes de dar tal explicación histórica, bueno será que insistamos en la justificación del punto de vista sustentado, empezando por indicar por qué no se debe confundir esta teoría con las teorías á que acabo de aludir.

4. Hay que advertir, en primer lugar, que en la determinación de los derechos de la personalidad no se trata directamente de fijar las relaciones entre el individuo y el Estado, términos, además, que no son opuestos, ni los únicos en el problema político. En realidad, el contenido esencial de esos derechos, que es el de la misma actividad humana, no ha de ser visto como contenido exclusivo de la mera actividad individual en relación con el Estado. En cuanto los derechos entrañan, al decir de P. Janet, «necesidades reales, concretas, perfectamente definidas» (1), se afirman en ellos las condiciones esenciales de la vida del ser de razón en sí mismo y en las manifestaciones diversas de su actividad, condiciones éstas, por otra parte, exigibles por el mismo ser de razón, no sólo del Estado, sino de sí propio, y de cuantos seres de razón con él se relacionan. Según esto, sólo de un modo limitado (en cierta esfera) y bajo un aspecto, cabe considerar los derechos en la relación del sujeto que los tiene con el Estado. Por lo demás, es también perfectamente inexacto reputar derechos tales como derechos del individuo, pues los tiene éste, no como indi-

(1) *Histoire de la science politique*, t. I, pág. 90.

Digitized by Google

viduo, sino como persona (1), por lo que corresponden tanto al individuo humano como á cualquiera otro ser que sea persona, por ejemplo, las llamadas personas jurídicas, entre las cuales se halla el Estado mismo.

Igualmente considero inexacto exponer la teoría en que nos ocupamos como teoría y organización de la libertad. La libertad es la condición de los derechos de la persona, de dos maneras: en cuanto la libertad es nota característica del ser racional, y en cuanto es la exigencia formal de éste para producir su actividad (libremente), según la naturaleza misma del Derecho pide. Después de lo dicho, no creo haga falta insistir en lo inexacto de la consideración de esta teoría, como teoría de la libertad individual.

En este punto proceden con más lógica, Dicey (2), que comprende gran parte de los derechos de la persona, como manifestación ostensible, donde son respetados, de la aplicación del principio de la supremacía del derecho, es decir, del imperio efectivo del derecho en la vida, y Woolsey, que conceptúa «la doctrina de los derechos (no de las libertades) como el fundamento de un Estado justo» (3).

5. Realmente, la doctrina fundamental de los derechos de la personalidad no puede considerarse como una teoría exclusiva, ni predominantemente política; es, según vimos en la TEORÍA DEL ESTADO, una doctrina general jurídica, que entraña la determinación ó aplicación del derecho á la vida total y especial de la persona, desde el punto de vista del

(1) Véanse Giner y Calderón, *Derecho natural;* Salmerón, *Discursos parlamentarios*, t. I, y TEORÍA DEL ESTADO, lugares citados.

(2) *The Law of the Constitution*, pág. 172.

(2) *Political Science*, Véase t. I, páginas 1 á 137.

Digitized by Google

desenvolvimiento de su actividad (1). Así, abarca esta doctrina: primero, la definición de las condiciones exigidas por la persona como tal, independientemente del Estado, condiciones que se revelan como derechos á su integridad psicofísica, á su honor, dignidad y vida; y segundo, la definición de las condiciones exigidas por la persona en las diversas direcciones de su actividad, ya se considere ésta en lo que constituye el trabajo, en la afirmación de su autonomía, la asistencia mutua, la beneficencia, la comunicación social, el arte, ya en la consecución de los fines científico, estético, religioso, moral, corporal, económico y jurídico, y dentro de él el político, etc., etc. (2).

6. Veamos ya qué posición debe ocupar la teoría de que hablamos en el derecho político. Queda, en verdad, asignada en la TEORÍA DEL ESTADO (3), pero conviene ampliar aquí las indicaciones.

En primer lugar, en cuanto el Estado es persona (el Estado político, y más especialmente el Estado nacional), hay una teoría especial de los derechos de la personalidad del Estado, en la que se razona cómo el Estado debe recabar y mantener su autonomía é independencia frente á otros Estados que con él se relacionan, y frente á los mismos individuos que suelen desconocerla más á menudo de lo que pudiera creerse, así como se reconoce la necesidad de que el Estado se haga cargo reflexivamente del límite natural de su autonomía é independencia.

---

(1) TEORÍA DEL ESTADO, lugares citados.

(2) TEORÍA DEL ESTADO, ídem.

(3) Son interesantes las consideraciones que sobre este punto pueden verse en Holtzendorff, *Principios de Política*, lib. III.

Digitized by Google

En segundo lugar, en cuanto el Estado al realizar el derecho, haciéndolo efectivo, directa y positivamente, sin necesidad de la represión, presupone la armonía y la paz entre las personas que lo integran en calidad de miembros, y los derechos de la personalidad resultan condicionados, encontrando expedita y libre la esfera de su acción propia. En este respecto relaciónase el Estado con ellos, por razón de su fin mismo: que el derecho impere; y así se mide el grado de civilización de una sociedad política, por el de las *garantías* con que espontáneamente se gozan los beneficios que los derechos personales suponen.

En tercer lugar, en cuanto en el derecho de personalidad hay una dirección especial para el fin político (el derecho político mismo) que entraña el conjunto de condiciones necesarias para que la actividad humana se manifieste en el Estado, según la naturaleza de este exige. Compréndese en tal derecho especial de la personalidad la realización de la forma del Estado, con la determinación de la intervención que en su vida corresponde á cuantos lo constituyen.—Teoría de los derechos propiamente políticos.

7. Pero estas exigencias teóricas fundamentales no han penetrado en el derecho positivo, que se halla profundamente trabajado, como en parte se ha visto, por las circunstancias que concurrieron en la formación, y concurrieron y aun concurren en el desarrollo del derecho constitucional.

Los derechos de la personalidad, derechos del hombre ó derechos del individuo, se ofrecen en la historia como el resultado de luchas sostenidas entre el poder gubernamental y los súbditos. Surgen siempre á modo de

Digitized by Google

conquistas realizadas, y se formulan y entienden como garantías recabadas á la fuerza, para impedir los abusos del poder ó dominarlo. No es extraño, en verdad, que, como advierte Palma, se hayan interpretado en no pocas ocasiones esas garantías en un doble sentido, «ó como la falta en el Gobierno de una fuerza material adecuada para reprimir la libertad del pueblo, ó bien como la existencia de una fuerza ciudadana, material, independiente del Gobierno, y adecuada para imponer á los poderes públicos el respeto de las libertades públicas» (1). Los ingleses estimaron durante mucho tiempo, con certero presentimiento de los resultados políticos, como una garantía suprema de sus libertades, la falta de un ejército permanente á las órdenes del Rey ó del Gobierno, y los franceses, que no podían en los momentos en que elaboraban las declaraciones de derechos, prescindir del ejército permanente, creaban la Guardia Nacional como fuerza que había de garantir el respeto á la Constitución, creación que imitamos con el mismo propósito en el fondo los españoles, organizando nuestra Milicia Nacional.

Después de todo, no podían las cosas ser de otra manera. La forma bajo que se producen en la historia moderna los derechos de la personalidad, es la impuesta de hecho por el criterio imperante en las relaciones de la vida humana, criterio que, sobre todo en la esfera de la política, responde á la lucha por la existencia y á la tendencia dominadora del poder.

Lo que hay es que, por esas contradicciones aparentemente inexplicables de la historia, al imponerse por la

(1) Obra citada, t. III, páginas 5 y 6.

Digitized by Google

fuerza los derechos de la personalidad, se produjeron las condiciones progresivas de un Estado regulado por el derecho, mejor ó peor entendido, preparando acaso el advenimiento del ideal político, en que el reino de la justicia sea una realidad indiscutible.

Por eso, ya al interpretar la inclusión de las *Declaraciones de derechos*, en la parte *dogmática* de las Constituciones escritas (lib. I, cap. I de este tomo), la considerábamos como una de las manifestaciones de las tendencias jurídicas en la organización del Estado, y por eso también se debe conceptuar esa inclusión, y el respeto que hacia tales derechos se impone al poder, como característico del régimen constitucional, y como consecuencia de la índole justa del sistema representativo. Una declaración de derechos, bajo un Gobierno despótico, sobre implicar palmaria contradicción, es perfectamente inverosímil.

Digitized by Google

CAPÍTULO II.

LAS DECLARACIONES DE DERECHOS.

1. Una prueba palmaria de la íntima y estrecha relación entre la formación y desenvolvimiento del régimen constitucional, y la formación y desenvolvimiento del Estado como Estado de derecho, según las exigencias de la idea de la justicia, la tenemos en el paralelismo que existe entre el desarrollo histórico de las Constituciones y el de las declaraciones de derechos que, como hemos visto, implican la difusión de las exigencias jurídicas en la vida y organización del Estado.

En efecto; de la misma manera que al señalar las etapas culminantes del régimen orgánico de las Constituciones, decíamos: el origen histórico, y la elaboración lenta de la tradición representativa está en Inglaterra, de donde pasó por emigración á América, que influyó por el influjo expansivo de la imitación en Francia, de quien recibieron el impulso principal (no el único) las demás naciones civilizadas, de la misma manera puede decirse que las declaraciones de derechos encuentran su cuna y el medio más adecuado para su generación violenta y material en Inglaterra de donde por emigración pasan á América, surgiendo

Digitized by Google

luego en Francia, para difundirse al fin por todo el mundo que por civilizado se tiene.

Y cuenta que no es esta analogía cosa meramente formal y exterior, sino que esta analogía existe también entre los caracteres respectivos, que las Constituciones resultantes de los diferentes pueblos revisten, y los que revisten, á su vez, las fórmulas históricas de las diferentes declaraciones de derechos. Así como la Constitución orgánica en Inglaterra es tradicional y continua, apegada al precedente, mientras las Constituciones que bajo su influjo, más ó menos directo, se redactan, son razonadas y abstractas, obra de actos imperativos, así las declaraciones de derechos se ofrecen en Inglaterra como afirmaciones de derechos preexistentes violados, mientras alcanzan un carácter muy diferente, filosófico y dogmático, en los pueblos que más tarde llegan á formularlas.

Pero veamos con algún detenimiento de qué modo se producen y afirman las diversas declaraciones de derechos, pues es ésta una cuestión para nuestra ciencia de capital importancia.

2. Ya al exponer las fuentes de la Constitución inglesa (lib. II, cap. III), se ha indicado la gran antigüedad de aquellos documentos, que con el carácter de *Pactos* venían á sentar, de una manera más ó menos violenta, el límite material impuesto por las clases gobernadas, al Rey, representante *oficial* del poder de Gobierno. Eran estos Pactos obra del Estado, en los que éste afirmaba la necesidad de someter el poder á reglas, y de garantir en los individuos libres aquella esfera de acción privada que por entonces se reputaba como necesaria, para el natural desenvolvimiento de la actividad humana. La *Magna Carta* de 1215, que

Digitized by Google

confirmaba ya *Cartas de las libertades* anteriores, con las confirmaciones ulteriores de la misma, el *Bill de derechos* de 1688, y el *Acta de establecimiento* de 1701, son los documentos que á su tiempo se señalaron entre las fuentes, y en las que están las declaraciones de derechos del pueblo inglés.

No es posible entrar aquí en un análisis detenido de las disposiciones contenidas en estos pactos políticos, ni importa en realidad esto. Lo interesante es recordar siempre su forma de contrato, su carácter imperativo, en virtud del cual el poder se limita, y se garantizan los libres movimientos de los individuos, en aquellas manifestaciones de la actividad que por entonces se conceptuaban más indispensables. Aparecen en ellos los derechos, desde el punto de vista del interés y de la utilidad, y del poder ó facultad que se recaba del Gobierno.

3. Interesa también determinar el carácter y consideración histórica que estas *declaraciones de derechos* tienen. No creo equivocado sostener que en las sucesivas declaraciones de derechos ingleses, pueda verse algo así como la preparación empírica de las declaraciones de derechos americanas y francesas. Muéstrase esto en el desenvolvimiento lento que supone, en el sentido de la definición y de la amplitud, el *Bill de derechos* de 1688, comparado con la *Magna Carta*. Muéstrase esto también en el modo de proceder los que formulan tales documentos, así como en el alcance limitado, no filosófico, que á las mismas se da en todo caso. Explica ambas cosas de modo admirable Boutmy. «Revolucionaria en los hechos, la *declaración de derechos* de 1688, no tiene, en modo alguno, el carácter filosófico y humanitario que su título parece indicar..... En la discusión, en el

Digitized by Google

preámbulo y en el texto, trátase sólo de tradiciones y de orígenes, en modo alguno de principios y de axiomas. Hablase por los Lores de un contrato original.....entre el Rey y el pueblo.....; no tiene esto nada que ver con Rousseau. Las libertades que se reivindican, se definen como las *verdaderas, antiguas é indubitables libertades de los súbditos* del reino..... Las reivindicaciones de esta gran época, están llenas del orgullo de una raza escogida, para quien la libertad tiene el carácter de un privilegio de la sangre.....» (1).

Las condiciones mismas del espíritu social no permitían otra cosa. Los tiempos de las grandes generalizaciones no habían llegado; se procedía en la vida política, como en todo lo demás, por tanteos, y mirando siempre al precedente y á las necesidades del momento. «Hay en ciertas declaraciones, dice el autor citado, mucho del genio de la raza, pero hay mucho que se debe al tiempo.....» (2). En un principio, esto es, en la época de la *Magna Carta*, la rudeza de las costumbres no permitía sino lo que se hacía. «En 1688, y durante todo el siglo XVII, lo que caracteriza las investigaciones intelectuales todas, en teología, como en las ciencias y en la política, en Francia, lo mismo que en Inglaterra, es que el más alto esfuerzo del espíritu no pasa del reconocimiento de las autoridades, señalando precedentes, consagrando los textos de donde se creen sacar las verdades sustentadas. Sólo á partir del siglo XVIII se comienza á poner en tela de juicio las autoridades, á criticar los textos..... Inglaterra ha gozado de la ventaja de tener su crisis política decisiva, en una época en que el

(1) Obra citada, páginas 61 á 63
(2) Obra citada, pág. 61, nota.

Digitized by Google

siglo de Voltaire no había desencadenado el racionalismo sin límites, que se enseñoreó de toda Europa.....» (1).

4. Para tropezar con las *declaraciones de derechos*, de tendencias humanitarias, de carácter filosófico y abstracto, es preciso acudir á otros países que recogen el trabajo tradicional del pueblo inglés, en otra sazón, y con otros alientos, al par que con otras necesidades.

Y en este punto nos encontramos desde luego con las declaraciones de derechos americana y francesa. Pero no todos los autores están conformes, respecto del carácter propio de la primera. Los hay que se inclinan á ver en ella una reproducción exacta de las declaraciones inglesas, con su carácter utilitario, limitado y empírico, y los hay que la conceptúan como de igual alcance y significación casi que la francesa. Por mi parte, me inclino á esta última opinión. En mi concepto, las declaraciones de derechos americanas, que no deben verse sólo en la Constitución federal, sino en las Constituciones de los Estados, si bien recogen el espíritu de la tradición inglesa, se formulan con el brío filosófico, aunque no con el alcance humanitario inmediato, que la francesa de 1789.

Según esto, me parece como á M. P. Janet, demasiado limitada y estrecha la interpretación que da Boutmy á las enmiendas y adiciones de la Constitución federal norteamericana, enmiendas y adiciones que contienen declaraciones de derechos. Según este autor, las diez primeras adiciones, «forman en la Constitución federal una especie de anexo que contiene un como recuerdo ó resumen de todas las libertades inglesas clásicas: prensa, asociaciones, reunio-

(1) Obra citada, pág. 62, nota.

Digitized by Google

nes, cultos, juicio por jurados, inviolabilidad del domicilio y de la propiedad privada. Tal es lo que llaman con justicia Story y la mayoría de los autores americanos: *declaraciones de derechos*. Pero los americanos se entienden y nosotros no los entendemos. La sonoridad mágica de la frase, tan francesa, hace que nos creamos en Francia y en presencia de derechos absolutos del hombre y del ciudadano.....; pero es muy otro el alcance..... Las estipulaciones de las ocho primeras enmiendas son no más que precauciones tomadas por el Estado (particular) contra las posibles usurpaciones de los poderes federales.» (1).

5. Es indudable que hay algo de esto que dice Boutmy, en la declaración de derechos de la Constitución federal, pero hay también lo otro, es decir, la intención reflexivamente mostrada de afirmar la independencia individual, deponer el derecho como límite del poder. Pruébalo, por modo indubitable, el carácter de los precedentes que explican la inserción, á guisa de enmiendas del pacto fundamental de las *estipulaciones* á que Boutmy alude, y pruébalo además, la elaboración de esas mismas enmiendas. Los precedentes son las declaraciones de derechos que implican la declaración de independencia de 1774, y las declaraciones de derechos de los Estados. En la primera se dice, entre otras cosas: «Tenemos como verdades evidentes por sí mismas las siguientes: que todos los hombres han sido creados iguales; que han sido dotados por el Creador de derechos inalienables, entre los cuales están, la vida, la libertad y la persecución de la felicidad; que los Gobiernos han sido instituídos por los hombres para asegurar esos

(1) Obra citada, pág. 96. Véase también Cooley, obra citada, cap. I.

Digitized by Google

derechos; que si el Gobierno se hace destructor de esos derechos, el pueblo tiene el derecho de destruirlo y cambiarlo.....» «¿Puede, diremos con P. Janet, desconocerse ahí el carácter filosófico?» (1). Alúdese, en verdad, directamente á derechos naturales y abstractamente considerados. En cuanto á las declaraciones de los Estados particulares, nos encontramos con que de los trece Estados que formaron la primera *unión* federal, diez tienen su *bill* de derechos, explícito, ya á la cabeza de la Constitución (siete de ellos), ya en el cuerpo de la misma en capítulo separado. Entre esas declaraciones de derechos, se debe citar como ejemplo, la del Estado de Virginia, de 1776, la cual contiene afirmaciones dogmáticas de carácter absoluto, filosófico, como la de que «todos los hombres son por naturaleza igualmente libres é independientes, y tienen ciertos derechos innatos de que cuando entran en *el estado de sociedad* (Locke y Rousseau puros), no puede privar por *contrato* alguno á su posteridad: por ejemplo, el goce de la vida y de la libertad, con todos los medios de adquirir y de conservar la propiedad, de perseguir y de obtener seguridad y felicidad» (2); ó esta otra: «que la libertad de la prensa..... no puede ser restringida más que por un Gobierno despótico» (3).

En cuanto á la elaboración de las enmiendas ó adiciones á la Constitución federal, Janet (4) hace notar con

---

(1) *Histoire de la science politique*, t. I, pág. XIV.

(2) *Declaración de derechos hecha por los representantes del buen pueblo de Virginia*, art. 1.º

(3) Idem, art. 12.

(4) Obra citada, art. 1.º, pág. XVIII.

Digitized by Google

Boutmy (1), que no se pueden, en verdad, considerar como destinadas á sustituir las declaraciones de derecho particulares, pero teniendo presente las opiniones de aquellos que promovieron la reforma, especialmente de Jefferson, se ve claramente que entrañan por su espíritu y alcance la significación de una declaración de derechos propuesta al poder federal, «porque, dice Jefferson, el pueblo está autorizado para exigirla de cualquier Gobierno *general ó particular*, siendo cosa que un Gobierno justo no debe rehusar ni dejar á merced de las inducciones». Hay, sí, en esta declaración de derechos federal una particularidad, que es la que induce á sostener la opinión de Boutmy, á saber: que así como la declaración de derechos franceses se redacta frente al poder ejecutivo principalmente, la americana va contra el poder legislativo, «que es el más temible» dice Jefferson. Pero esto se explica, de un lado, porque la encarnación del Estado despótico en Francia había sido el poder ejecutivo, mientras en América, el poder de quien era más lógico esperar intromisiones que cercenaran la libertad de los ciudadanos y de los Estados, era el poder legislativo. En una palabra; lo mismo en América que luego en Francia, se trataba con las declaraciones de derechos de oponer límites jurídicos al poder, para evitar futuras violaciones de la libertad de los miembros del Estado.

6. En mi concepto, puede explicarse la evolución histórica de la idea que ya he dicho significa la declaración de derechos en Inglaterra, Estados Unidos y Francia, considerando que la preparación empírica, merced á la especifi-

(1) Véase también Cooley, obra citada, cap. I.

Digitized by Google

cación tradicional que suponen, según hemos visto, los *Pactos* del derecho inglés, se aprovecha por los americanos, los cuales, obrando un poco como nuestros legisladores de Cádiz, entienden al principio recabar para sí las libertades tradicionales inglesas tan sólo; pero como las circunstancias son distintas, el ambiente otro, las ideas reinantes muy diferentes, proceden luego de una manera que dista mucho de ser aquella con que procedían los barones de la *Magna Carta* y los redactores del *Bill* de derechos. Para comprender bien esto, no hay más que comparar la declaración de derechos redactada por el Congeso de Filadelfia en 1775, y en la que se reclaman las libertades tradicionales del ciudadano inglés, las mismas que la Constitución inglesa garantiza, con las afirmaciones dogmáticas contenidas en la declaración de independencia á que antes nos referimos. Procedíase con la declaración de derechos como, después de todo, se procedió con las Constituciones *escritas*. La idea de éstas viniérales á los americanos de Inglaterra; el contenido, Inglaterra lo ofreciera también, pero bajo forma tradicional é insistemática. Las circunstancias y otros influjos concurrentes, á más del progreso filosófico político, los indujeron á dar forma expresa y terminante á lo que vago é indeciso existía en Inglaterra. Y de ahí los Códigos fundamentales definidos y concretos, á los que, por significar la misma aspiración de obtener y gozar garantías jurídicas frente á los gobernantes, que las declaraciones de derechos, fueron llevadas éstas.

Y es tan exacta semejante interpretación del valor y alcance jurídicos de las declaraciones de derechos americanos, que aun hoy se conceptúa allí su contenido como algo que está por encima de la voluntad de los poderes consti-

Digitized by Google

tuídos, como parte fundamental de la Constitución misma, y acerca de lo cual sólo el soberano puede decidir por los procedimientos que entrañan la intervención de los mismos interesados en la regulación de los intereses que los derechos suponen. Precisamente ve en esto Burgess una excelencia de la Constitución norteamericana, que la coloca por encima de las Constituciónes europeas, y más especialmente sobre la francesa (1).

Pero ¿quiere esto decir que no haya diferencia alguna entre las declaraciones de derechos americana y la francesa? Claro es que no. Consideradas en sí mismas, y en sus resultados, pueden señalarse diferencias que vienen de la raza, de la tradición, del lugar, de la índole de las instituciones y del momento en que las declaraciones se hacen. Las declaraciones de derechos americánas, con entrañar un alcance filosófico, y revestir formas abstractas, cuentan con una tradición preparatoria directa. No son hijas sólo de la reflexión; consagran un hábito razonándolo y fundándolo en ideas generales. Implican, en suma, una deducción precedida por una inducción y por una experiencia. Así se explican ciertos detalles, como la inclusión en ellas de declaraciones positivas de intereses locales, y así se explica también su arraigo ulterior, y que constituyan la expresión formal de algo muy real y efectivo, que está en la masa de la sangre, y que encuentra su garantía indiscutible en un poder judicial, que representa el ideal imperante en las costumbres de la vida diaria.

7. Mas debe tenerse presente, que para verificarse la expansión universal de la idea implícita en las declaracio-

(1) Obra citada, vol. I, pág. 178 y 179.

Digitized by Google

nes de derechos, para que se propagara su significación por todas partes, aun faltaba otro paso más, y ese paso lo dió Francia, formulando los derechos del hombre y del ciudadano de la manera filosófica, vaga, abstracta y generalísima que lo hizo en 1789. Inspiróse al hacerlo en América: las declaraciones americanas son el antecedente directo de la declaración de la Constituyente francesa, pero adquiriendo ésta mucho mayor alcance y siendo la que luego hubo de inspirar las declaraciones de derechos más ó menos rectificadas y limitadas, que en los pueblos se hicieron al instaurarse en ellos el régimen constitucional. A mi ver, para que pudiera propagarse con fuerza expansiva incontrastable la idea jurídica, no del todo bien comprendida siempre, que las declaraciones de derechos implican, era preciso, no ya que perdieran éstas el carácter local, tradicional y limitado de las declaraciones inglesas, sino que las declaraciónes se hicieran al mundo por un pueblo en que la cosa no tenía precedentes, por un pueblo que las hacía suyas tomándolas de otro, pero por medio de la reflexión, como reforma radical que se impone por su bondad esencial, por su justicia absoluta, y que por esto había de resultar aplicable en todas partes.

Y éste es precisamente el carácter saliente y distintivo de la declaración de derechos de 1789. Nada de invocar libertades *antiguas* é *indubitables* de los súbditos como en Inglaterra, nada de recordar la conducta de antepasados libres, como se hace en la declaración de derechos de Filadelfia de 1775..... «los representantes del pueblo francés, se dice (1), constituídos en Asamblea nacional, conside-

(1) *Preámbulo de la declaración de derechos del hombre y del ciuda-*

Digitized by Google

rando que la ignorancia, el olvido y el desprecio de los derechos del hombre son las causas únicas de las desgracias públicas y de la corrupción de los Gobiernos, han resuelto exponer, en una declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre, á fin de que esta declaración, presente en todo tiempo á todos los miembros del cuerpo social, les recuerde sin cesar sus derechos y sus deberes.» Ni siquiera hay cierta manifestación, acaso egoísta, como aquella que va al frente de la declaración de derechos de Virginia, según la cual «los derechos se declaran pertenecer *á ellos* (al pueblo de Virginia) y *á su posteridad*, como base fundamental de su Gobierno». Aun más; la mayor parte de los derechos declarados, lo están con un propósito general, universal (1). «*Toda sociedad*, dice el artículo 16, en la cual la separación de los poderes no está determinada, no tiene constitución», y el 15 declara que «*la sociedad* tiene el derecho de pedir cuentas de su administración á todo agente público», etc., etc.

Sin duda, esta misma generalidad, y el carácter abstracto que supone la declaración francesa, han sido obstáculos que impidieron su arraigo intensivo; pero las cosas son como son, y la difusión del principio tuvo que verificarse á costa de su precisión y de su arraigo y adaptación á las costumbres. Realmente, lo que hay que señalar en esta última etapa de la generación de las declaraciones de derechos, no es el contenido material, no es si expresan ó no, como sin duda las expresaban las inglesas y las americanas,

---

dano, de 26 de Agosto de 1789. Véanse los comentarios de Faustin Helle; obra citada, pág. 32.

(1) Véase Bedant, *Introduction à l'étude du droit.*

Digitized by Google

necesidades individualmente sentidas, y si formulaban costumbres arraigadas, no; lo que en la declaración de derechos francesa se debe señalar es la *idea*, la *aspiración*, la significación circunstancial; trátase en ella de sistematizar en formas filosóficas y abstractas las exigencias que la reflexión encuentra en el *hombre* que vive en sociedad, y de oponer, formulándolas, un límite de carácter ético al poder, que de antiguo tenía la costumbre de no reconocer por este lado del respeto al derecho, límite alguno.

Digitized by Google

CAPÍTULO III.

LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD Y LAS CONSTITUCIONES VIGENTES.

1. En razón: 1.° de la vaguedad é indefinición del concepto del derecho constitucional resultante del derecho positivo de los diferentes pueblos, y 2.° de la confusión reinante acerca del aspecto y relación de los derechos de la personalidad que interesan al Estado, hay una gran variedad en punto á la consideración legislativa de los mismos (1).

2. Existe, sin embargo, algo en que convienen los derechos positivos de las Constituciones, y que importa muy de veras señalar aquí, antes de fijar las divergencias á que el número anterior alude.

Ese algo viene á ser, en primer lugar, el contenido esencial de los derechos de la personalidad, desde el punto de vista de las exigencias íntimas que suponen, y consiste en

(1) Véanse Burgess, obra citada, vol. I, lib. II; Woolsey, obra citada, páginas 1 y 137; Dicey, obra citada, Part. 2.ª; Laveleye, *Le Gouvernement dans le Democratie*, t. I, lib. I; Lieber, obra citada; Palma, obra citada; Pierre, obra citada; Erskine May, *La Democracia en Europa*.

Digitized by Google

el reconocimiento expreso por las leyes constitucionales ó no, de todos los países, de la existencia de una cierta esfera, en la cual la persona (el individuo se suele decir) es dueña de conducirse según las libres determinaciones de su voluntad racional. Burgess formula esta uniformidad legislativa diciendo que «la idea en conjunto es que hay una esfera en la cual el individuo se rige según su propia voluntad, no pudiendo penetrar en ella el Gobierno ni permitir éste que nadie penetre» (1), y añade que por esto se distingue, más que por cualquier otro respecto, el Estado moderno del Estado de la Edad Media. Pero Burgess considera como exigencia fundamental de la doctrina, que ese límite explícito ó implícito, se refiera sólo á la acción gubernamental y á las relaciones entre los individuos, por lo que no reza con el Estado (2), el cual, como soberano, es fuente de ese contenido y dueño de regular sus manifestaciones y la esfera de su acción exterior.

Indudablemente, la idea de Burgess (esta última que acabo de exponer) traduce fielmente el criterio positivo imperante; pero no puede sostenerse como criterio fundamental, por cuanto el Estado á que Burgess alude, que es el nacional, queda como investido de un poder sin límites jurídicos, en virtud del cual está en condiciones de someter á sus decisiones, quizá despóticas, lo que constituye precisamente el elemento sustantivo de la personalidad. En rigor, el contenido de los derechos de la personalidad no puede, ó mejor no *debe* quedar á merced de poder alguno exte-

(1) Burgess, obra citada, pág. 174 del t. I.

(2) Debe tenerse en cuenta lo que Burgess entiende por Estado: es como el órgano que reforma la Constitución y la ha hecho.

Digitized by Google

rior, á la personalidad misma, sino que ha de ser obra de cada persona el ordenarlo dentro de su propia y privativa esfera de acción. Ya en la TEORÍA DEL ESTADO (1) se hizo notar que el fundamento racional del poder político, esto es, del poder de la personalidad política, tiene su razón en el derecho que como persona le asiste de determinarse á obrar libremente. No es del caso repetir aquí argumentos ya hechos; se comprenderá lo que quiero decir con recordar la doctrina de los ESTADOS DE DERECHO del Sr. Giner.

3. Pero repito que el derecho positivo actual, reaccionando en este punto contra el carácter dogmático y absoluto de las declaraciones de derechos iniciales (Estados Unidos y Francia), responde al criterio indicado por Burgess, y así el derecho de personalidad, reputado derecho individual con atisbos y reconocimientos más ó menos expresos de que tal derecho condicione la persona bajo sus formas individuales y sociales, es una esfera donde se manifiesta la libre acción de los individuos, sometida al imperio de la ley y garantida por la ley misma, contra los individuos y contra los Gobiernos. La creencia íntima dominante parece ser la de que el derecho de personalidad es obra del soberano, ya directamente y de un modo expreso, ya por mediación de los que á nombre del soberano ejercen el poder legislativo.

4. Responden las legislaciones también á ciertas ideas bastante uniformes en punto á la determinación positiva de los objetos en que consiste el contenido del derecho de personalidad.

Aludiendo Burgess á este asunto, dice que puede afir-

(1) Véase lib. I, cap. III, y lib. II, cap. I.

Digitized by Google

marse como cosa general que en los Estados «la libertad individual consiste en la libertad de las personas, igualdad ante la ley, seguridad de la propiedad privada, libertad de opiniones y su expresión, y libertad de conciencia» (1), es decir, aquellas condiciones exigidas por las personas humanas para producirse como tales.

Detallando más lo manifestado por Burgess, diremos que entrañan los objetos reconocidos como contenido del derecho de personalidad *en general:* 1.°, la plena libertad de movimientos (circulación) y de manifestaciones de la actividad personal, implicando un sistema de afirmaciones legales, por virtud de las que la persona procede libremente en sus relaciones privadas, y sin molestias por parte del poder, en razón de las declaraciones de la inmunidad personal, del domicilio y de la correspondencia, y de la consagración de la libertad profesional, del pensamiento y de sus manifestaciones y de la conciencia; 2.°, la inmunidad del patrimonio; 3.°, la consideración idéntica de todos ante la ley y sus representantes, en la vida normal y en las posibles contingencias de lucha, y 4.°, la distribución proporcional de las exigencias que el Estado tiene para su vida y organización.

Por otra parte, aunque no se haga expresamente, en el sistema implícito de la ordenación de la actividad personal por el Estado moderno, hay una distinción que conviene acentuar, á saber, entre la consideración de esta actividad en aquellas manifestaciones peculiares de la persona como tal y aquellas otras en que la persona obra como ciudadano del Estado (miembro). Ahora bien; desde este último

(1) Obra citada, t. 1, pág. 178.

Digitized by Google

punto de vista, que es desde el que aparece ostensiblemente el aspecto político de los derechos de la personalidad, puede señalarse: 1.°, la relación general de esos derechos en sí y en las manifestaciones de los mismos con la vida política, en cuanto el contenido de las diferentes determinaciones de la actividad personal puede ser el interés del Estado, y 2.°, la relación especial de la personalidad con el Estado, en virtud de la intervención que á la persona le corresponde en el Estado, de que es miembro. De esta distinción nace la diferencia entre el derecho *general* de personalidad y el derecho *especial* de personalidad *político*, con las distinciones que las leyes hacen entre derechos reconocidos á *todos* y derechos de los *ciudadanos*.

5. El derecho positivo de las cinco naciones á que se contrae especialmente este estudio, difiere en lo relativo al asunto en que nos ocupamos: 1.°, en cuanto á la consideración *constitucional* de los derechos de la personalidad, y 2.°, en cuanto á su extensión legal.

La diversidad relativa á la consideración constitucional manifiéstase: 1.°, según que los derechos de la personalidad se hallan ó no consagrados en la Constitución escrita; 2.°, según que su existencia legal se halla ó no garantida por los procedimientos extraordinarios de reforma constitucional.

6. *Inglaterra.*—Los derechos de la personalidad hállanse expresamente consagrados en su mayor parte en los documentos considerados como *Pactos*, y su desarrollo orgánico se contiene en Estatutos ó leyes de carácter ordinario. Forman parte, por tanto, de la Constitución escrita, y además, encuéntranse ordenados por el influjo de las costumbres políticas y jurídicas.

Digitized by Google

No puede decirse que estos derechos tengan una garantía especial en los procedimientos extraordinarios de reforma constitucional, por la sencilla razón de que estos procedimientos no se hallan previamente establecidos en aquel país. Los derechos siguen la suerte de todas las demás manifestaciones del derecho propiamente constitucional.

La extensión legal de estos derechos es en Inglaterra amplísima, tan amplia como difícil de señalar con aquella claridad y definición formales con que esto puede hacerse en otros países. Faltan declaraciones legales expresas, donde se afirme el derecho, y con el derecho el límite que el Estado impone, ó la indicación de que queda á cargo del poder de policía su organización (1). Hay algunas en los antiguos documentos, pero inaplicables en su letra á las condiciones de la vida actual. La libertad personal, entendida en sentido estricto, como libertad que implica la seguridad de la persona en sí y en sus libres movimientos «no descansa, afirma Dicey, realmente en ninguna proposición general contenida en un documento escrito» (2). En la *Magna Carta* se consagró en parte, y de un modo más completo en 1679 por el acta que comunmente se llama del *Habeas Corpus*, «y dada para mejor garantir la libertad de los súbditos». Pero entiéndase bien: el derecho de la libertad personal, interpretado como derecho á no ser reducido á prisión ó á arresto, ni á sufrir cualquiera otra coacción física sin una justificación legal, no entraña lo que significa en los Estados modernos una *garantía constitucional*, esto es, como advierte Dicey, una garantía jurídica de un orden privile-

(1) Véase nuestra *Administración política* y *Administración social.*
(2) Obra citada, pág. 193.

Digitized by Google

giado, hállase sometida á las condiciones que implica la práctica general y común del derecho. La garantía, en definitiva, está en los tribunales.

Lo mismo puede decirse de la libertad de pensamiento y de discusión. «Nuestro derecho actual permite á todos decir, escribir y publicar lo que los plazca; pero quien hace mal uso de la libertad debe ser castigado....» (1). Así habla un escritor citado por Dicey. El criterio, por tanto, es no considerar la libertad de la palabra como un privilegio constitucional, como un derecho necesitado de especiales garantías políticas, sino como una condición necesaria de la vida, sometida á las represiones naturales á que como manifestación de una actividad libre debe estar sometida según el derecho.

Otro tanto cabría afirmar de los demás derechos: la consagración es obra de las leyes y de las costumbres; la limitación, obra represiva, ejercida por el poder ejecutivo coactivo ó por los tribunales, según los casos y según de la libertad de que se trate.

7. En los *Estados Unidos* nos encontramos con un tipo de organización jurídica constitucional perfectamente distinto en sus detalles formales y exteriores y en su apreciación legislativa de los derechos personales. Según Burgess, es este el sistema más perfecto, 1.°, porque consagra constitucionalmente dichos derechos, y 2.°, porque los pone bajo la garantía del Estado, en cuanto los derechos declarados no pueden ser modificados sino por el soberano mismo, mediante el procedimiento de reforma de la Constitución. No podemos hacer aquí una exposición com-

(1) Odgers, *Libel and Slander*, Introd., pág. 12.

Digitized by Google

pleta del sistema jurídico de las libertades de los Estados Unidos, porque tal exposición entrañaría la determinación de sus condiciones en la Constitución federal y en las Constituciones de los Estados. Se circunscribirán, pues, las brevísimas indicaciones que se van hacer, á la Constitución de la Unión; pero teniendo en cuenta que en un principio los derechos declarados respondían *en parte*, según lo que hemos visto afirmado por Boutmy en el capítulo anterior, á la idea de poner un límite á la acción de los poderes federales, para afianzar más y más la autonomía de los Estados, por lo que, aun cuando hoy la tendencia sea (1) á ver en esas declaraciones la expresión de un derecho *nacional*, es preciso reputar, como complemento necesario de todo el sistema, lo que respecto del mismo asunto contienen las Constituciones de los Estados.

Ya sabemos cuál es la fuente *escrita* y constitucional de los derechos del hombre en el derecho federal norteamericano. Hállanse tales derechos consagrados y regulados principalmente en enmiendas y adiciones á la Constitución de 1789. De estas enmiendas, las diez primeras fueron propuestas al Congreso el 25 de Septiembre de 1789 y ratificadas en 15 de Diciembre de 1791. Las otras son de fechas posteriores indicadas en su lugar. En ellas se establecen límites expresos á la acción de los poderes federales (2), y aun á la de los poderes de los Estados (3), con el fin de garantir la vida libre personal contra las arbitrariedades posibles del

(1) Opinión de Burgess.
(2) Las diez primeras enmiendas.
(3) Las enmiendas 13, 14 y 15.

Digitized by Google

Gobierno (1). En su virtud, éste se encuentra limitado de modo que no puede, sin violar la Constitución, atentar contra la libertad personal á que diferentes enmiendas se refieren. La seguridad de las personas, domicilio, papeles y efectos, está protegida contra las pesquisas y decisiones injustificadas, como lo está la seguridad personal contra los mandatos de arresto ó detención no fundados (2), y en general, en sus relaciones con las persecuciones por razón de los delitos (3). Establécese al mismo fin la aplicación del Jurado en los juicios (4), la prohibición de las coacciones y multas excesivas, los castigos crueles é inusitados (5). Hállase también garantida la libertad religiosa, mediante la prohibición al Congreso de hacer ley alguna estableciendo una religión del Estado, y las libertades de la palabra y de la prensa, con más los derechos de reuniones pacíficas y de petición á los poderes públicos (6), con prohibiciones análogas de leyes que tiendan á limitarlas. Por último, como consecuencia de la afirmación de un cierto espíritu nacional, en las enmiendas posteriores se declara la ciudadanía común; se limita la acción de los Estados, en punto á los *privilegios* é *inmunidades* de los ciudadanos de los Estados Unidos; se garantiza la vida, la libertad y los bienes á *toda* persona; se sienta la igualdad de *todos* ante la ley (7), se su-

(1) Y téngase en cuenta que el Gobierno aquí no es el poder ejecutivo, sino los *poderes* federales de la Unión.
(2) *Constitución.* Enmiendas, art. 4.°
(3) Idem, artículos 5.° y 6.°
(4) Idem, art. 7.°
(5) Idem, art. 8.°
(6) Idem, art. 1.°
(7) Idem, art. 14, sec. 1.

Digitized by Google

prime la esclavitud y se garantiza el voto político, prohibiendo su limitación por razón de color ó de raza ó de servidumbre (1). Y por si esto no fuera bastante, se declara, que «la enumeración de ciertos derechos en la Constitución no debe ser interpretada como una denegación ó disminución de los demás derechos que el pueblo se ha reservado» (2), y se pone á salvo la autonomía de la personalidad política de los Estados y del pueblo mismo, frente á los poderes de la Unión (3).

Tal es la extensión legal con que los derechos de las personas se ofrecen regulados en la Constitución de los Estados Unidos.

8. Ocurre con Francia un fenómeno verdaderamente singular, fenómeno á que ya se ha aludido en otras ocasiones en esta obra (al tratar de *Las Fuentes*). Sabido es, que Francia es el país de las *declaraciones de derechos*. Ya hemos visto la alta significación que en la historia general política del derecho moderno tiene la Declaración de derechos de 1789. Estudiando el desenvolvimiento del derecho constitucional francés, se observa hasta 1870 que uno de los datos más interesantes para interpretar el carácter político de la situación gubernamental, es siempre: 1.°, la consideración constitucional de los derechos del hombre; 2.°, su extensión legal y las garantías formales con que se los pro-

(1) Constitución. Enmiendas, art. 15, sec. III.

(2) Idem, art. 9.°

(3) Idem, art. 10. En los artículos 2.° y 3.° se respeta el derecho del pueblo á guardar y llevar armas, y se declara al ciudadano libre, en tiempo de paz, de la carga de alojar soldados en su domicilio sin su consentimiento, disponiéndose que en tiempo de guerra se hará con arreglo á ley.

Digitized by Google

clama. Más es; lo mismo en 1789 que en los diferentes cambios de sistema político ocurridos posteriormente, se reputaron esos derechos como de carácter constitucional, excepto, como dice Burgess, «en los instrumentos Napoleónicos» (1). Pues bien; en la organización que Francia se ha dado por las leyes de 1875 y reformas posteriores, se prescindió de la inclusión en ellas de una declaración de derechos. Por esta razón representa Francia una divergencia original en este punto. En efecto; Francia con una Constitución escrita, que se reforma por procedimiento especial, no considera como derecho de la Constitución la ordenación legal de los derechos de la personalidad; esta ordenación es obra de las leyes ordinarias. La tendencia puede sintetizarse como tendencia á conceptuar la regulación jurídica de las libertades, como sometida al derecho común, represivo, penal, si bien con todas las limitaciones que entraña un Gobierno centralizado que á pesar de sus orígenes democráticos, conserva los resortes de las funciones de policía propias de régimenes personales y fuertes. La extensión legal de los derechos de la personalidad, en Francia, es teóricamente grande, responde espontánea y necesariamente á la tradición francesa de la declaración de derechos. No hay un solo derecho personal que no esté reconocido y regulado según la inspiración de la tradición dicha. Verdad es que en razón del carácter especial del pueblo francés, el ejercicio de esos derechos hállase sometido á las restricciones aludidas, provinientes del sentido imperante en la acción centralizadora del poder ejecutivo.

(1) Obra citada, t. I, pág. 263.

Digitized by Google

9. *Alemania.*—Presenta Alemania un tipo especialísimo desde el punto de vista de la regulación de los derechos de la personalidad, en razón del carácter especial de su Constitución federal, distinta en tantos respectos de la misma Constitución de los Estados Unidos. No contiene la Constitución alemana lo que propiamente se llama una declaración de derechos, lo cual no quiere decir que en los Estados alemanes se carezca de las garantías que se denominan constitucionales. La Constitución de Prusia tiene un tít. II bajo el epígrafe de *Los derechos de los prusianos*, en el que se afirman con ciertos límites los derechos de la personalidad. La Constitución de Sajonia consagra derechos análogos en el tít. III. También los consagran las de Wurtemberg (capítulo III), Baden (tít. II), Baviera (tít IV), etc., etc. Pero si en la Constitución federal no se ha creído oportuno incluir una declaración de derechos, como base y fundamento de una expresa consideración jurídica, igual, de todos los ciudadanos, no por eso deja de haber en ella algo que implica limitaciones del mismo orden que las declaraciones aludidas (1). En efecto, como advierte Burgess, pueden señalarse en el articulado de la Constitución *inmunidades* de la individualidad frente á los poderes del Gobierno general (2), é *inmunidades* frente á los poderes de los Estados particulares (3). Indúcense las primeras de los artículos 4.°, 35, 59 y 19 de la Constitución federal, y la segundas de los artículos 3.°, 33 y 77, y del carácter general de la Constitución misma.

(1) Schulze, obra citada, t. II; Laband, obra citada; Von Rönne, obra citada, t. I.

(2) Obra citada, t. I, pág. 253.

(3) Obra citada, t. I, pág. 254 y siguientes.

Digitized by Google

En efecto; por el art. 4.° se fijan los límites en que la legislación federal tiene que moverse por razón de los objetos á que pueda referirse, lo cual viene á indicar que en lo demás el Imperio no interviene. Por el art. 35 se fijan los productos sobre los que puede el Gobierno imperial imponer tasas ó contribuciones, lo cual supone que los demás quedan libres de tasa ó impuesto por este lado. Además, este artículo sienta ciertas excepciones favorables á Baviera, Wurtemberg y Baden. Por el 59 se fijan y determinan los límites de los poderes imperiales en punto al servicio militar. Por el 69 se declara el carácter legal de los gastos é ingresos imperiales. Además, relacionando la Constitución imperial con las particulares, se puede y debe indicar que la ausencia en aquella de declaraciones relativas á las libertades á que se alude en las declaraciones de derechos de los Estados, implica la limitación en ese punto del poder federal y el valor positivo de las declaraciones de la Constitución política de cada Estado.

Examinando los otros artículos que dejo citados, indícanse las inmunidades á que en segundo término se alude, teniendo en cuenta que por el art. 3.° se establece un indigenado común, en virtud del cual se declara la libre circulación por el territorio federal, se garantizan frente á los poderes particulares los derechos comunes de los alemanes, y se afirma la igualdad en la protección de estos derechos. Además, por el 33 se impone una limitación general á los Estados en pro de la libertad de comercio dentro del territorio imperial, limitación que debe relacionarse con la más general, por la que los Estados en ninguna de aquellas materias reservadas á la exclusiva jurisdicción del Gobierno federal pueden inmiscuirse. Por fin, en el art. 77 se

Digitized by Google

establece una importantísima garantía en pro de la libertad personal, en virtud de la que «cuando un Estado de la Confederación se negara á hacer justicia y no se pudiese remediar el hecho por las vías legales, se podrá recurrir en queja al Consejo federal, quien apreciará el caso según la Constitución y según las leyes que en aquel Estado existan, y si á ello hubiese lugar, tomará, respecto del Gobierno que haya motivado la queja, las medidas jurídicas que estime necesarias.»

10. En *España* hay, como ley fundamental relativa á los derechos de la personalidad, el título primero de la Constitución vigente, en que se habla *De los españoles y de sus derechos*. Tiene, por tanto, la declaración un carácter constitucional, pero no por esto puede decirse que el sistema español sea un sistema de garantías del alcance que el americano, según lo describe Burgess: 1.°, porque la Constitución es obra legislativa; y 2.°, porque las declaraciones mismas están hechas con una cierta generalidad que implican desenvolvimientos especiales por leyes orgánicas de índole totalmente doctrinaria. En suma, si realmente es una garantía de los derechos el que su reforma sea obra de leyes constitucionales hechas por el soberano (en período constituyente), y no por el poder legislativo ordinario, tal garantía no existe entre nosotros.

11. Analizando el texto del tít. 1, puede señalarse una inexactitud en que incurren también otros Códigos, por el espíritu estricto *nacional* con que el reconocimiento de los derechos suele hacerse. Se dice, en efecto, en nuestra Constitución, al frente del tít. 1, *De los españoles y sus derechos*, y aun cuando el art. 1.° define la condición de españoles, y en algunos artículos se habla de derechos de los españo-

Digitized by Google

les, lo cierto es que también se habla de derechos de la personas, sean ó no españoles. Por eso, prescindiendo de los términos del título, puede hacerse en su contenido una distinción, según que se trata de derechos reconocidos á españoles y á extranjeros (artículos 2.°, 4.°, 6.°, 7.°, 8.°, 10, 11 y 12), ó según que se trata de derechos reconocidos á los españoles (artículos 3.°, 5.°, 9.°, 12, 13, 14, 15 y 16).

Hecha esta distinción, el sistema jurídico de las libertades personales, con sus garantías legales, comprende: el derecho de libre circulación (1) y residencia (2); la libertad profesional dentro de ciertos límites (3); la seguridad personal contra las detenciones arbitrarias, si bien dejado esto en una gran vaguedad (4), y contra las persecuciones judiciales injustificadas (5); la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia (6); la de la propiedad (7); la libertad de conciencia, según el criterio de la mera tolerancia de cultos que no sea el católico, é invocando los principios de la moral cristiana (8); la libertad de enseñanza con límites especiales que determinan una real desorganización de la educación nacional (9); la proporcionalidad en las cargas y y el carácter legislativo de los impuestos y contribuciones (10); los derechos de libre emisión del pensamiento, de

(1) Constitución de 1876, art. 2.°
(2) Idem, artículos 2.° y 9.°
(3) Idem, artículos 2.° y 12.
(4) Idem, art. 4.°
(5) Idem, artículos 4.° y 5.°
(6) Idem, artículos 6.° y 7.°
(7) Idem, art. 10.
(8) Idem, art. 11.
(9) Idem, art. 12.
(10) Idem, art. 3.°

Digitized by Google

reunión, de asociación, de petición (1); la responsabilidad de los funcionarios públicos que atenten al ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución (2); la igualdad de los españoles para el ejercicio de los empleos y cargos públicos, según su mérito y capacidad (3); la garantía de que ningún español puede ser procesado ni sentenciado sino por el juez ó tribunal competente, en virtud de leyes anteriores al delito y en la forma que está prescrita (4); la unidad de Códigos y la unidad de fuero (5).

12. Se deben notar ahora algunos detalles que implican en todas las Constituciones ideas complementarias de los derechos de la personalidad por razón de ciertas tendencias á considerarlos como recíprocos con determinados deberes, ó bien por razón de las necesidades apremiantes de la vida política; ideas complementarias que pueden entrañar, en la compleja trama de la vida social, limitaciones injustas del ejercicio de tales derechos. Me refiero, en primer término, á las declaraciones de deberes, que suelen comprender el servicio, exigido por el Estado á todos los ciudadanos de contribuir al sostenimiento de las cargas públicas, y el servicio personal, exigido por el Estado de defender la patria con las armas. El primero de los deberes citados (6) resulta de la existencia misma del Estado con su Gobierno y del carácter natural y racional

(1) Constitución de 1876, art. 13.
(2) Idem, art. 14.
(3) Idem, art. 15.
(4) Idem, art. 16.
(5) Idem, art. 75.
(6) Véase en nuestra Constitución el art. 3.°, párrafo 2.°; el art. 1.°, sección 7.ª, 1.° de la Constitución norteamericana, y el art. 69 de la Constitución alemana.

Digitized by Google

de su fin; su cumplimiento, exigible bajo formas legales, determina el sistema de contribuciones é impuestos, y su desarrollo práctico puede dar lugar, por mil caminos indirectos, á una porción de limitaciones de la libertad personal, en cuanto el impuesto entraña la entrega al Estado por la persona de medios de goce, cuya privación quita al individuo formas diversas de satisfacción libre de sus necesidades racionales. La garantía jurídica (de dudosa eficacia) de la justicia en la exigencia del cumplimiento de este deber, está en que corresponde al poder legislativo la votación de los impuestos, y en que no obligan éstos cuando no son obra de una ley (1). El otro deber (2) puede implicar una negación de la personalidad, en cuanto, bajo la forma de servicio militar obligatorio, impone el sacrificio total de la actividad humana (verdadera servidumbre militar).

13. Por otra parte, hay, como idea complementaria del sistema jurídico de las garantías constitucionales, que suponen la marcha normal en la vida del Estado, la necesidad de decidir si en circunstancias excepcionales, á virtud de las que el Estado atraviesa una situación anormal, desordenada, de violencia, por razón de guerra exterior ó interior, ó de simple perturbación del orden público, debe recabar el Gobierno poderes extraordinarios que lo dispensen de someterse á todas las formalidades fijadas por la Constitución, cuando del ejercicio de los derechos de la persona se trata. La solución legislativa general es bastante uniforme en principio. Las disposiciones relativas á los dere-

(1) Este es uno de los principios fundamentales del derecho inglés.

(2) Véase Constitución española, art. 3.°, párrafo 1.°; alemana, artículo 57.

Digitized by Google

chos llamados individuales que entrañan el carácter de garantías de estos derechos, lo que los ingleses llaman *Habeas Corpus*, y que, como advierte Dicey (1), puede considerarse de valor análogo, en cierto modo, al término empleado en el continente de *garantías constitucionales*, pueden declararse en suspenso, pero con ciertas condiciones.

14. En Inglaterra, el acta del *Habeas Corpus* se deja en suspenso en virtud de las circunstancias. «Cuando las necesidades de Estado lo hacen necesario, el Parlamento confiere legalmente al Gobierno los más amplios poderes, esto es, suspende el *Habeas Corpus*, salvo el deber de los ministros de dar cuenta del poder excepcional que se le hubiese confiado» (2).

En los Estados Unidos se dispone por la Constitución que «el privilegio del *Habeas Corpus* no podrá ser suspendido á menos que la seguridad pública lo exija en caso de rebelión ó de invasión.»

Las leyes constitucionales francesas guardan silencio completo acerca de este punto, que se halla, como todo lo relativo á los derechos de la personalidad, regulado por las leyes de carácter ordinario (3).

La Constitución alemana dispone que «el Emperador puede, si la seguridad pública es amenazada en los límites del territorio federal, declarar una parte de su territorio en estado de sitio. En tanto que una ley del Imperio regule

(1) Obra citada, pág. 189.

(2) Palma, obra citada, vol. III, pág. 107. Erskine May, obra citada, capítulo XIX.

(3) Ley de 3 de Abril de 1878.

Digitized by Google

los casos, la forma, la publicidad y los efectos de semejante declaración, se aplicarán las prescripciones de la ley prusiana de 4 de Junio de 1851» (1).

Por último: la Constitución española declara que las garantías expresadas en los artículos relativos á la seguridad y libertades personales «no podrán suspenderse en toda la Monarquía ni en parte de ella sino temporalmente y por medio de una ley, cuando así lo exija la seguridad del Estado en circunstancias extraordinarias». Si no están abiertas las Cortes y el caso es grave y urgente, puede el Gobierno, bajo su responsabilidad, suspender las aludidas garantías, sometiendo el acuerdo á la aprobación de las Cortes lo antes posible (2).

15. Consideradas comparativamente las organizaciones políticas de los derechos de la personalidad en las Constituciones expuestas, y prescindiendo al hacerlo de los detalles relativos á la mayor ó menor extensión con que las leyes las regulan, cabe distinguir, sobre todo, dos sistemas de organización de especial valor desde el punto de vista del derecho constitucional, en cuanto éste, por ley de su origen y de su desenvolvimiento histórico, se propuso, entre otros fines, *garantir las libertades individuales*. Estos dos sistemas son: el americano y el francés; opuestos radicalmente, sin duda, por ser el resultado de dos formas políticas que, aun cuando responden á un mismo ideal del Estado, entrañan soluciones muy distintas. En rigor, los

(1) Constitución alemana, art. 68.

(2) Constitución española, art. 17. Y añade que en ningún caso podrán suspenderse más garantías que las que dice el artículo.

Digitized by Google

demás sistemas que cabría enumerar (el inglés, el alemán y el español) tienen cierto carácter intermedio.

Lo especial y propio de cada uno de los dos sistemas indicados, ya se comprenderá en qué consiste. Francia, según el régimen actual, considera, como hemos visto, los derechos del hombre fuera de la Constitución, como objeto á merced ó á cargo de las leyes ordinarias. La República norteamericana, por el contrario, incluye los derechos del hombre en la Constitución, y establece, respecto de ellos, las garantías que supone el procedimiento excepcional de reforma constitucional.

Ahora bien: Burgess, que ha tratado con especial detenimiento la cuestión, conceptúa el sistema americano como superior al francés, *en sí mismo*, porque garantiza de mejor modo la libertad civil frente al Gobierno. Pero nos parece que este perspicacísimo autor da en este caso un excesivo valor á la parte formal de mera garantía exterior del derecho. Sin duda, que el derecho constitucional, por su manera de aparecer en la historia, por lo difícil de su afirmación, ha exigido *precauciones* que se traducen respecto de é y de los intereses que mediante él se quieren salvar en solemnidades externas, que hemos explicado al tratar de la reforma de las Constituciones. Pero aun cuando esto se explique y aun justifique circunstancialmente, no puede conceptuarse como esencial y de todos los tiempos, ni se puede reputar especialmente el elemento transitorio de la solemnidad formal ó de garantía, nada menos que como exigencia «*científica*» para determinar las «*verdaderas relaciones de la libertad civil y la Constitución*» (1).

(1) Así halla Burgess; obra citada, vol. I, pág. 262.

Digitized by Google

Y tan cierto y fundado me parece mi aserto, que aun sin poder competir con el ilustre Burgess, respecto de los resortes efectivos de la vida jurídico-política en los Estados Unidos, me atrevería á preguntar si el alto grado de progreso alcanzado por este pueblo, en punto al respeto práctico de las libertades individuales por los poderes públicos y por los ciudadanos mismos (que es lo que más importa), se debe, principalmente, al sistema de garantías que implica el carácter constitucional de los derechos, y á que sobre ellos sólo pueda decidir el que soberano se reputa (el pueblo).

Por mi parte me inclino á creer que no. Y me sugiere la creencia, de un lado, el hecho significativo de que Inglaterra, que no tiene consagrados los derechos y garantizado su ejercicio al modo americano, goce de ellos de manera análoga, en la práctica, á América, y en grado superior á la mayoría ó totalidad de los Estados del Continente europeo, Alemania inclusive, á pesar de la garantía de la Constitución federal y de las particulares. De otro lado está el hecho más significativo aún de Francia, que tantas veces, antes del actual régimen político, ha sabido considerar los derechos como obra constitucional directa del soberano, y no ha llegado á garantirlos del modo efectivo que Inglaterra. Siempre estuvieron las libertades en Francia muy á merced del poder ejecutivo, ya por procedimientos de violencia, ya por criterio legal, ya, en fin, por la organización de instituciones de desconfianza como lo contencioso-administrativo (1).

---

(1) Véase Orlando, *Las garantías jurídicas de la libertad. Principii di Diritto costituzionale*, pág. 257 y siguientes. Posada, *Derecho administrativo* de Meyer. Azcárate, *Selfgovernment*, etc.

Digitized by Google

Realmente, lo que significan en el fondo los derechos de la personalidad, no es cosa que pueda depender de garantías exteriores sólo, sino que depende, sobre todo, del arraigo que en la conciencia humana tengan las ideas de justicia con aquellas otras que su existencia supone.

Más es; como el derecho constitucional entraña el estado actual transitorio de una aspiración más alta, la de hacer que el Estado responda al derecho, y respondiendo al derecho lo realice plenamente, la lógica del progreso jurídico implica la desaparición de los requisitos formales exigidos por la manera con que el derecho constitucional se ha producido. La existencia de garantías exteriores, como necesarias para *imponer* el respeto al derecho, pueden ser síntoma de inferioridad en el modo de sentirlo. El pueblo que requiere como cosa *imprescindible* esos datos externos, justificantes de represiones organizadas, es un pueblo atrasado que, además, cuando llega el momento no hace caso de ellos. Por otra parte, el pueblo en cuya conciencia colectiva, al par que en la conciencia individual de sus miembros, se siente el derecho, y sintiéndolo lo vive, sobre no necesitar de modo indispensable esos requisitos formales para que el Gobierno no viole sus derechos, tiene el recurso último de oponerse al Gobierno mismo.

16. Aquí, después de todo, radica el fundamento del llamado *derecho de insurrección*, que pocas veces se ha consagrado de modo expreso en las leyes, y que sin embargo es medio de que con frecuencia se valen los pueblos para recabar el respeto de sus derechos de los gobernantes. Y cuenta que este derecho, justificable sólo como manifestacion social del derecho de defensa, no cuando quiera y como quiera que el Gobierno falte, sino cuando el Gobierno

Digitized by Google

ofenda de veras el sentimiento jurídico, no se excusa porque existan ó no *formalmente* garantidos los derechos de la personalidad, pues todas las garantías formales cabe que sean violadas por el poder, sino que se hace innecesario desde el momento en que por el influjo avasallador de la opinión y por el imperio de la conciencia popular del sentimiento jurídico, el Gobierno viva la vida del derecho sin distingos ni mixtificaciones. En realidad, la necesidad de la insurrección ó de la revolución, es decir, del empleo de medios violentos, no para hacer imperar el derecho, sino para defender la integridad personal desconocida y mutilada por el poder, entraña un estado de perturbación en que el derecho aparece imposible de fijar y de señalar. Por eso es tan difícil de determinar en cada caso concreto la justicia ó injusticia del proceder violento del pueblo ó de la sociedad; pero dada la condición de que la defensa sea legítima, pocas veces se puede asegurar si la sociedad ó el pueblo emplearon el medio adecuado para oponerse al reino de la injusticia (1).

17. Considerado en junto el *contenido* de los derechos reconocidos y legalmente organizados (prescindiendo ya de lo formal y exterior de la organización), una apreciación crítica de los mismos lleva á conceptuarlos, según al principio hemos indicado, como una manifestación incompleta del necesario reconocimiento del imperio del derecho en la vida. En efecto; los derechos de la personalidad ofrécense

(1) Véase Holtzendorff, *Principios de Polltica*, pág. 143. Orlando, *Delle resistenza politice individuale e collectiva. Principii di Diritto costituzionale*, pág. 621. Casanova, *Diritto costituzionale*, lección II. Palma, *Corso*, etc., t. III, pág. 100. Hello, *Du Regime constitutionnel*, pág. 81.

Digitized by Google

en todos los pueblos, según se ha visto comprobado históricamente, como un resultado de la oposición de estos dos términos: *individuo* y *Estado ó Gobierno*, por lo que la consagración de aquéllos, más ó menos amplia, se toma como un límite más ó menos ceñido impuesto al poder público. Ahora bien: aun cuando esta relación exista, debe tenerse en cuenta que es una sola relación en el sistema jurídico general, y que el reputarla como única ó como la más importante, entraña el olvido de las que existen entre persona y persona y entre ésta y el Estado, cuando no se presenta en forma de autoridad. Declarar que todos los hombres son iguales ante la ley, es una afirmación que dice bastante para determinar la obligación del Estado, pero que no determina las condiciones de su igualdad en la vida; declarar que el Estado no opondrá trabas á la libre circulación, es suficiente para determinar su deber, pero no para determinar las condiciones que hacen posible á todos la circulación libre. La abstención del Estado, como Estado, no como mero Gobierno, en ciertas relaciones de la vida, á nombre del derecho individual, puede justificarse como protesta contra abusos históricos del poder; pero llevada con cierto radicalismo, puede significar el imperio en la vida real del criterio violento y brutal de la lucha por la existencia.

Afortunadamente existe en la ciencia una sana tendencia á rectificar el sentido formalista con que el liberalismo abstracto, y el radicalismo democrático, interpretaron é interpretan la misión del Estado, y empieza á señalarse otro modo más amplio de considerar la ordenación jurídica de la personalidad. La parte sensible de esta tendencia, es la que en la vida real se inicia, merced á la conciencia que se va despertando en las clases inferiores de la sociedad, de la

Digitized by Google

ineficacia de los derechos personales reconocidos para establecer un orden completo de justicia entre los hombres. Se comprenderá muy pronto á qué tendencia me refiero, con recordar la reconstrucción más amplia, sin duda, aunque tocada de ciertos defectos fundamentales, que se intenta de la organización jurídica de la sociedad y del Estado, por el socialismo en sus diversos matices. ¡Lástima que imperen en él ó en muchas de sus corrientes al menos, el criterio de la lucha por la existencia, y no se vea sino el aspecto económico de la cuestión! ¡Ojalá que poco á poco adviertan cuantos con generoso afán persiguen la instauración de un régimen justo, más intensamente justo que el que resulta de las primeras aplicaciones del derecho constitucional, que en todo ello hay algo mucho más importante que lo que puede suponer una más equitativa distribución de los medios de goce!

Digitized by Google

Digitized by Google

LIBRO V.

LA ORGANIZACIÓN DEL ESTADO CONSTITUCIONAL.

Digitized by Google

Digitized by Google

LA ORGANIZACIÓN DEL ESTADO

CONSTITUCIONAL.

CAPÍTULO PRIMERO.

CRITERIO GENERAL Y BASE DE LA ORGANIZACIÓN DEL ESTADO.

1. Merced á la confusión reinante en la ciencia política entre las ideas de Estado y Gobierno, la mayoría de los tratadistas de derecho político suelen considerar la total organización del primero como mera organización del segundo; ó bien, y esto quizá es lo más corriente, no suelen tratar lo que en rigor constituye la organización del Estado como materia relativa á tal organización (por ejemplo, Palma, Orlando y otros), sino que consideran en definitiva la organización política como la organización de los *poderes públicos* (1), llevando á la determinación de los

(1) Véase Palma, *Corso di Diritto costituzionale*, t. II, *Organización de los poderes públicos*. Orlando, *Principii di Diritto costituzionale*, Libros III, IV, V y VI de *Los poderes*.

Digitized by Google

derechos políticos (libertades individuales) mucho de lo que no es más que cosa de forma y organización del Estado (1). Burgess, que tanto hace en su obra por aclarar la diferencia fundamental entre Estado y Gobierno, y que tan admirablemente ha sistematizado algunos de los problemas de derecho constitucional, al llegar á este punto sigue casi por completo la corriente general, y ni en la forma del Estado (2), ni luego al tratar de la forma de gobierno (3), comprende todos los elementos que para el caso importan. Después de todo, en punto á organización política, lo que describe y expone Burgess es la del Gobierno.

Si quisiéramos generalizar, sin dar á la generalización un valor absoluto, diríase que la corriente, al ordenar teóricamente estas materias, es contraerse á la exposición de la organización constitucional de los poderes, que es común admitir en el Estado moderno, ampliando un poco el horizonte de la contemplación general del Estado al estudiar los orígenes electivos del poder legislativo.

2. Nada, en verdad, más defectuoso y ocasionado á error que este general modo de proceder en el derecho constitucional. Y nada, en verdad, más necesario que reaccionar contra él, procurando, bajo la sugestión beneficiosa de las enseñanzas de la sociología, en su concepción del Estado como órgano social, y de la sociedad como organismo (4), ordenar las instituciones políticas, los elementos que las

---

(1) Palma, obra citada, t. III, *Organización de la libertad.* Orlando, obra citada, lib. VII.

(2) Obra citada, t. I, Parte 2.ª, lib. I.

(3) Obra citada, t. II.

(4) Véase Schäffle, *Estructura y vida del cuerpo social*, especialmente el tomo II.

Digitized by Google

integran, las fuerzas que las producen y sostienen, y que en junto constituyen el Estado desde el punto de vista de su forma y disposición orgánica, para hacer ver, entre otras cosas, que éste dista mucho de estar reducido en la vida real, ya reflexivamente dirigidas, á la limitadísima esfera en que se mueven los poderes gubernamentales.

Conviene seguramente en una exposición sistemática del derecho de las Constituciones modernas producir, si es posible, aquella misma impresión de complejidad que la vida del Estado produce cuando se le contempla en la realidad histórica, y no sólo sobre el papel, señalando con la exactitud que dable sea, la situación é influjo de los elementos, fuerzas é instituciones integrantes del Estado y constitutivos de su forma.

Se comprende que cuando la política se conceptuaba como ocupación del príncipe, y tarea exclusiva de los gobernantes, se considerase la organización del Estado como cosa de ponderación de altas magistraturas, de equilibrios de poderes superiores; pero desde el momento en que, en virtud de la transformación que implica el derecho constitucional, la política es una ciencia social, que entraña el conocimiento de los resortes íntimos de la vida humana en las manifestaciones colectivas más complejas; desde el momento en que el Estado no es interés de pocos, sino interés y obra de todos, la organización del mismo ha de abarcar el Estado en la plenitud de su existencia activa y en la totalidad de sus elementos.

3. Sin duda, aunque sea en capítulos que á la organización política no se refieren, y cayendo así en inevitable contradicción, los tratadistas de derecho político aluden y estudian los elementos del Estado á que me refiero, y que

Digitized by Google

por su significación y alcance caracterizan la forma de los Estados modernos. Muchos, como ya dejo dicho (Palma, Orlando y el mismo Burgess), los consideran, parte de ellos, como manifestaciones prácticas de los derechos ó libertades *individuales*. Dicey no parece que los reputa con otro valor (1). En cambio, Bryce, á más de comprender algunos de los elementos, fuerzas é instituciones aludidas, como parte integrante de la organización de la República americana (2), señala como complementarios muchos de ellos (3). Verdad es que, merced al influjo de la manera realista y positiva de estudiar la historia, lo que hace Bryce suele ser corriente en los historiadores de un derecho constitucional (4), por lo que no es extraño que en éstos se vea con más exactitud que en los tratadistas, reflejada la forma del Estado moderno en su totalidad (5), tal y como debe ser considerada.

4. Pero dejemos ya estas indicaciones generales y pasemos á ordenar los datos que respecto del problema á que nos referimos nos proporciona el derecho constitucional inglés, norteamericano, francés, alemán y español.

Parto para el caso de las indicaciones generales hechas en la TEORÍA DEL ESTADO (6) al exponer la *teoría de la re-*

---

(1) Obra citada especialmente, Parte 2.ª

(2) *The American Commonwealth*, especialmente Parte 3.ª, vol. II.

(3) Ídem: varios capítulos del vol. III.

(4) Bryce, obra citada. Claudio Janet, obra citada. Taine, *Orígenes de la Francia contemporánea*. Freeman, *Política comparativa*. May, *La democracia en Europa*.

(5) Véanse como obras en que se tienen en cuenta muchos de los elementos á que aludo en el texto, Laveleye, *Le Gouvernment dans la democratie;* Mosca, *Le Costituzione moderne*.

(6) Lib. VII, cap. I.

Digitized by Google

presentación. Como afirmación de carácter fundamental, que me conviene dejar sentada, es preciso recordar que conceptuamos el Estado político como la sociedad entera (la nación en el derecho constitucional), con todos sus elementos individuales y colectivos, considerada bajo el aspecto que supone la necesidad de vivir la sociedad según el derecho, y teniendo en cuenta que la obra que prácticamente supone el Estado, es obra de la sociedad misma mediante sus miembros (representantes).

Por otra parte, en la aplicación de la actividad de éstos á la obra del Estado, es preciso distinguir la obra *espontánea* de todos, de la obra *reflexiva* de los que intervienen en la política de un modo especial y más ó menos hábil. Esta distinción es la base de la que aquí establezco entre Estado y Gobierno; por ella puede afirmarse que todos intervienen en la vida del Estado; pero que sólo por representación especial se interviene en el Gobierno.

Ahora bien; el problema presente consiste en ver de qué manera, por qué procedimientos, ó mejor aún, *bajo qué forma* obran y viven como Estados y Gobiernos las naciones á que este estudio se contrae principalmente, que es, después de todo, como si se determinara la forma del Estado constitucional moderno.

5. En virtud del conocimiento que poseemos ya, de los principios fundamentales que en las Constituciones, cuyas fuentes hemos expuesto, se encuentran consagrados, y mediante ellas aplicados, puede afirmarse, como cosa general, que en todas se considera el Estado como un *interés común*, cuyos elementos actuales son los componentes individuales y corporativos de la sociedad misma con su territorio. De ahí resulta precisamente el que sea definido el Estado cons-

Digitized by Google

titucional como Estado representativo, y bajo este aspecto, sin reserva alguna, pues no hay en las Constituciones indicadas traba alguna, ni indicio en virtud de las cuales quepa afirmar que se conceptúe reflexivamente, ni de un modo implícito, la masa social orgánica, como entidad pasiva y quieta, receptora tan sólo, á disposición y capricho de los poderes públicos constituídos.

Antes muy al contrario. Los Estados modernos constitucionales se manifiestan con una tendencia impulsiva y avasalladora, como compuestos sociales que obran y someten á sus movimientos, á veces violentos, las instituciones políticas; todas parten de la declaración más ó menos expresa de la ciudadanía (1), y del reconocimiento tradicional consagrado de mil modos (2), bien expreso, del carácter activo del ciudadano, mediante la afirmación de sus derechos como hombre, y en tal concepto, y por el lado político, miembro del Estado (3), y, además mediante la consignación expresa de que las instituciones y el Estado mismo son obra del pueblo (4), ó de una representación de éste más ó menos directa y única (5).

En suma, el Estado moderno presenta como característica común, que á la vez es diferencial, comparado con el Estado monárquico absoluto, ó con el de la Edad Media, el

---

(1) Constitución de los Estados Unidos, art. 4.°, sec. 2.ª, 1; art. 14 de las enmiendas; Constitución alemana, art. 3.°; Constitución española, artículo 1.°

(2) En Inglaterra.

(3) Ver en las Constituciones el reconocimiento de la personalidad y la consagración de derechos, como el de reunión, libre emisión del pensamiento, etc.

(4) Constitución de los Estados Unidos: Encabezado.

(5) Constitución alemana: Encabezado.

Digitized by Google

ser *expresamente representativo en sus fundamentos* (1), *y obra de la sociedad toda de un modo espontáneo y necesario.*

6. Las consecuencias de esto son: 1.ª, que para concebir prácticamente la total organización del Estado moderno, es preciso partir del supuesto según el que la base fundamental de sus instituciones radica en la conciencia social; 2.ª, que el Estado moderno reconoce en todos sus miembros la condición de representantes del mismo de un modo espontáneo , y 3.ª, que en virtud de este reconocimiento, todos los miembros intervienen de alguna manera, y según sus aptitudes y capacidad, en la obra del Estado.

7. Ahora bien; la teoría general de la representación política alcanza aquí una aplicación práctica completa. Hay en los Estados modernos la acción amplia de un *hacer* político, general, vulgar, de todos, en razón del cual ninguno de cuantos componen el elemento personal (humano) del Estado, deja de significar algo en la obra de éste, interviniendo en ella de un modo continuo y con mayor ó menor intensidad.

Así, en efecto, ¿quién puede negar que los Estados modernos, constituídos expresamente casi, como consecuencia de movimientos violentos de una intensidad y de una extensión grandísimas (2), entrañan sacudidas de esas que ponen en conmoción á todos sus elementos? Por otra parte, un supuesto constante de las instituciones modernas es el conocimiento expreso y exacto de todas las fuerzas huma-

(1) No implican para esto las rectificaciones que puedan señalarse en Alemania y España.

(2) Revoluciones de Inglaterra. Revoluciones americanas y francesas. Guerras con Austria y Francia en el Imperio alemán. Guerra de la Independencia en España.

Digitized by Google

nas con que el Estado cuenta; de ahí la grandísima importancia de la Administración pública. Además, merced á las condiciones procuradas por el progreso material y á los extraordinarios medios de comunicación intelectual y de todo orden, la vida política es más intensiva y más expansiva, á todos interesa y atrae, hasta el punto de que no hay casi quien algún día y por algún motivo no haga algo relativo al Estado. He ahí precisamente por qué es posible la aplicación á las grandes naciones modernas el principio fundamental de las ciudades griegas, según el cual, el ciudadano era el que desempeñaba las magistraturas públicas, cosa fácil en los límites estrechos de aquellas sociedades, y que no se podría aplicar en nuestros tiempos, á no ser por el cambio de circunstancias indicado y la consiguiente difusión del interés político y el despertar de la conciencia política en todos los miembros del Estado. En realidad, los Estados modernos son casi verdaderos *plebiscitos incesantes* (1).

8. Esta condición general del Estado moderno, base y fundamento de toda su organización, entraña la elaboración histórica, paulatina, por ley necesaria de distribución del trabajo social, de procedimientos que tienden á recoger y condensar y dirigir é impulsar, especificándolas, las fuerzas dispersas y difundidas por la sociedad y que en ella viven y se agitan, traduciéndolas en resultantes definidas y procurando la producción de una dirección principal dominante é imperativa, á la cual obedezca el Estado con más ó menos fidelidad; dirección que ha de vencer, en la esfera reflexiva gubernamental, obstáculos más ó menos insuperables, en

(1) V. Renán, *Qu'est ce qu'une nation?*

Digitized by Google

razón del criterio más ó menos puro con que se consagra y define, en la Constitución y en la práctica, el carácter representativo de las instituciones.

9. De ahí que los Estados modernos constitucionales sean todos Estados que entrañan, como principal impulsor de sus movimientos, como órgano necesario, la *opinión pública*, pudiendo además asegurarse que el trabajo más importante que en la vida del Estado se verifica, y al que responden los procedimientos á que me he referido antes, es el de formar esa opinión, el de conocerla, el de dirigirla y educarla.

Ahora bien: ¿qué es lo que en estos Estados que aquí estudiamos se entiende por opinión pública?

Digitized by Google

CAPÍTULO II.

LA OPINIÓN PÚBLICA.

1. Es precedente obligado de estas consideraciones lo que en la TEORÍA DEL ESTADO queda dicho acerca del concepto general de la *opinión pública* (1). «La opinión pública, afirmaba, es la primera *condensación* de las funciones que desempeñan *todos* los miembros del Estado (por el mero hecho de serlo, añado); elabórase en el seno ó fondo obscuro de la conciencia social»(2). La opinión pública así comprendida es de todos los tiempos, porque en todos los tiempos y en los Estados todos, aun cuando su forma gubernamental presuponga expresamente lo contrario, el Es-

---

(1) Lib. VII, cap. I, 7.

(2) El Sr. López Selva, en su discurso doctoral, uno de los poquísimos trabajos que, como dice el Sr. Azcárate (*Discurso* de recepción en la Academia de Ciencias Morales y Políticas, pág. 23), se han hecho sobre el tema de la opinión pública, define ésta como «la expresión de todos los estados del espíritu público; es la manifestación de la totalidad concreta, determinada, de su espíritu; es el verbo ó la palabra por medio de la que expresa la sociedad todas sus ideas, sentimientos y resoluciones, en una palabra, es el intérprete de la conciencia social.» (*Boletín de la Institución libre de Enseñanza*, vol. XIV, pág. 48.) Véase Holtzendorff, *Wesen and Werth der Offentlichen Meinung*, especialmente I; para nuestro tiempo III y siguientes.

Digitized by Google

tado se halla compuesto por la sociedad, vive de su savia, y se mantiene por la fuerza que recibe, no meramente de la opinión de las clases directoras y en todo tiempo conscientes y más ó menos numerosas, sino «de la callada é inconsciente, pero no por eso menos real y potente, de las masas del pueblo» (1). «Los Gobiernos, añade Bryce, se han apoyado siempre, y salvo casos excepcionales, deben apoyarse, ya que no sobre la afección manifiesta ó sobre la aprobación expresa y activa, sobre la silenciosa aquiescencia de las mayorías numéricas. Sólo por rara excepción ocurre que una monarquía ó una oligarquía se haya mantenido contra la voluntad del pueblo. Su apoyo radica entonces en la fuerza de una tiranía militar» (2). «La creencia en la autoridad, y el amor al orden establecido, son dos de las fuerzas más enérgicas de la naturaleza humana que en la esfera política se manifiestan y obran. La primera sostiene á los Gobiernos *de jure*, la segunda á los Gobiernos *de facto*, y ambas combinadas, á los Gobiernos á la vez *de jure* y *de facto*» (3).

2. Pero al hablar de la opinión pública en este lugar, no se trata de su significado general, sino de su valor histórico especial en nuestros tiempos. Indúcese éste de la característica, fijada ya en esta obra, del Estado moderno, y según la cual, hay en éste la manifiesta é invencible tendencia á ser un Estado *consciente* en sus fundamentos sociales, mediante el reconocimiento expreso de la condición de miembros del Estado en cuantos le forman, reconoci-

(1) Bryce, obra citada t. III, cap. LXXVII, pág. 14.
(2) Idem, pág. 15.
(3) Idem, pág. 15.

Digitized by Google

miento que entraña la creencia de que todo miembro del Estado sea algo en él, y de que en cuanto tiene capacidad debe considerársele facultado para *opinar* respecto de él (1). En rigor, la opinión pública á que en el Estado moderno se alude implícitamente es la que supone el apoyo prestado al Gobierno por la afección expresa y por la aprobación activa de la masa social, que á la vez supone que el Gobierno es *de facto* y *de jure*.

3. Nada más difícil, en los límites estrechos de este TRATADO, que señalar de un modo expreso y claro lo que en los Estados á que aquí nos referimos es la opinión pública. Hay, sí, ciertas afirmaciones comunes: en todos ellos la opinión pública (que no se sabe á punto fijo lo que en concreto sea), es un factor político, de valor positivo, al que constantemente se alude, cuyo imperio se acepta expresamente, cuyas decisiones se acatan (más ó menos pronto y con mayor ó menor fidelidad), y cuya acción se organiza y dirige, pero hay también interesantes diferencias: 1.ª, en razón de la importancia que se le concede, del grado más alto ó más bajo de su definición y del radicalismo con que se le consagra y acepta, y 2.ª, en razón de los elementos que la integran y de su composición más ó menos compleja y orgánica.

4. Sin pretender definir exactamente estas diferencias, cabe afirmar en primer lugar, y teniendo presente cuanto se ha dicho en los dos Libros anteriores, que los países

(1) Pruébase esto con la creciente ampliación del sufragio, los derechos de carácter político concedidos á las personas, especialmente los de reunión, asociación y manifestación, en la vulgarización de los asuntos políticos, en la fuerza de las decisiones que en los grandes movimientos populares se dibujan, etc.

Digitized by Google

donde se acentúa de un modo más expreso el imperio de la opinión pública, son aquellos en los cuales el Estado responde de un modo más fiel á la idea del Estado representativo, á saber: Inglaterra, Estados Unidos y Francia. La razón es muy sencilla. En los otros dos: Alemania y España, aunque las instituciones respondan en muchos respectos fundamentales al criterio de la forma *representativa constitucional*, la existencia en el gobierno de algunas de aquellas, que entrañan implícita ó explícitamente la consagración del poder tradicional, hereditario, superior ó igual á la nación (*sujeto único* de la opinión pública), impone en el desarrollo del Estado ciertas afirmaciones políticas, anteriores á la opinión (el Rey ó el Emperador indiscutibles, sagrados, inviolables, al modo como no lo es la Reina de Inglaterra) que ésta ha de admitir como supuestos (por ejemplo, el *interés dinástico*), y contra las cuales sólo se puede ir eficazmente mediante el empleo de procedimientos revolucionarios.

Hay en verdad en este punto una capitalísima diferencia entre Inglaterra, con su Monarquía esencialmente representativa (1), de origen parlamentario (2), los Estados Unidos con su República *presidencial*, y Francia con su República parlamentaria, de un lado, y Alemania con su Imperio hereditario, alimentado por la idea de la Monarquía reinante en Prusia (3), y España con su Monarquía

---

(1) Véase Boutmy, *Le conception populaire de la royauté en Inglaterre*, *Annales de l'ecole libre des sciences politiques* (1891), pág. 481.

(2) Véase el *Acta de Establecimiento* y antes el *Bill de derechos* de 1688.

(3) Véase Lebon, obra citada; Sybel, obra citada; Constitución alemana, art. 11.

Digitized by Google

doctrinaria de otro (1). En los tres primeros pueblos, el Gobierno es Gobierno total y completamente de *opinión pública*. En Inglaterra, la transformación radical de estos últimos tiempos reduce la Monarquía á una institución *imponente* (2), y la Cámara de los Lores á un órgano de gobierno: ambas son instituciones sometidas á las decisiones de la Cámara de los Comunes, que se conceptúa como espejo de la nación (3), como la residencia del poder del Estado (4), que recibe las inspiraciones más directas de la opinión. En los Estados Unidos, la base general de su Gobierno es la opinión pública: «los funcionarios, las Cámaras, los partidos, todos están bajo ella, todos tiemblan ante ella» (5). Demuéstralo, además, el carácter electivo de sus instituciones (el Congreso y el Presidente) (6) y la frecuencia con que las elecciones se repiten (7). En Francia puede decirse lo mismo y por análogas razones, aunque la opinión se muestre en definitiva bajo formas diferentes. Francia reconoce hoy el sufragio universal, es decir, una de las representaciones expresas más amplias que de la opinión puedan organizarse, como origen de todas las instituciones gubernamentales (Cámaras, Presidente, Consejos Generales, etc., etc.) (8).

Por el contrario, en los otros dos pueblos, algunos de

(1) Véase preámbulo de la Constitución de 1870.
(2) Bagehot, *English Constitution.*
(3) Lorimer *Constitutionalism of the future.*
(4) Burgess, obra citada.
(5) Bryce, obra citada, vol. III.
(6) Véase Constitución de los Estados Unidos, art. 1.º y art. 2.º, sec. 1.ª
(7) El Congreso, cada dos años toda la Cámara de Representantes y la tercera parte del Senado, y cada cuatro el Presidente. (Art. 1.º, sec. 2.ª, 1, y sec. 3.ª 1 y 2.)
(8) Ley constitucional de 25 de Febrero de 1875, arts. 1.º y 2.º

Digitized by Google

los poderes de los que forman el Gobierno no se explican directa ni indirectamente por el influjo determinante y variable de la opinión. No importa que reconozcan el sufragio universal. Esos poderes comparten con él y con la opinión que mediante él se expresa, el Gobierno del Estado. El Emperador de Alemania (1), hereditario, con su Canciller responsable, sobre todo ante él (2), el *Bundesrath*, compuesto de plenipotenciarios de Estados con Gobiernos por lo común monárquicos hereditarios (3) y *Cartas* otorgadas algunos, entrañan un origen que puede coincidir con la opinión pública, pero que no es la opinión pública misma, como necesariamente le ocurre al *Reichstag* (4). A su vez el monarca español, por la *gracia de Dios* (5), autor de la Constitución *escrita*, elemento esencial de la *interna* (6), hereditario (7), implica con el Senado, que comprende una porción de miembros hereditarios (8), representantes de una aristocracia que no es ya una verdadera clase, un origen que no es ciertamente la opinión pública.

En suma, si comparamos desde un punto de vista general unos pueblos (Inglaterra, Estados Unidos y Francia) con otros (Alemania y España), puede caracterizárselos diciendo, que en los primeros el Gobierno *se forma* casi totalmente (Inglaterra) ó por completo (Estados Unidos y Francia) por y bajo la acción directa de la opinión pública;

(1) Constitución alemana, art. 11.
(2) Idem, art. 15.
(3) Idem, art. 6.º
(4) Idem, art. 2.º
(5) Preámbulo de la Constitución de 1876.
(6) Véase Azcárate, *El Selfgovernment y la Monarquía doctrinaria*.
(7) Constitución de 1876, tít. VIII.
(8) Idem, art. 20, pár. 1.º, art. 27, pár. 1.º y 2.º

Digitized by Google

y en los segundos, el Gobierno, en parte lo *halla* formado la opinión pública, siendo una de las operaciones más principales de ésta hacer que esos órganos que encuentra ya constituídos le obedezcan y se le sometan: operación *casi innecesaria* en Inglaterra, y *totalmente innecesaria* en los Estados Unidos y en Francia.

5. En cuanto á los elementos que integran la opinión pública en los Estados modernos, los hay que pueden considerarse como iguales ó comunes á todos los Estados. En efecto; dada la naturaleza misma de la política, que no es el único interés social y que entraña cierta complejidad técnica, en relación con el carácter limitado de las facultades individuales, aun cuando todos los miembros del Estado participan en la obra que éste supone, no participan con igual intensidad. De ahí la existencia en todos los Estados modernos de dos elementos: el uno formado por los que se interesan más directamente en la política, y que constituyen los núcleos de los partidos, y el otro formado por la gran masa social que no se interesa constantemente por la cosa pública (elemento *neutro*, como dice el señor Azcárate) (1). Este último elemento comprende otros dos. En el supuesto de que en el primero están, como quiere Bryce (2), los que forman la opinión: en el segundo están, de un lado, los que reciben la opinión y la aceptan, y de otro, los que no tienen ninguna, pero que pueden, en circunstancias dadas, determinar la marcha del Estado, imponiendo sus soluciones (3).

---

(1) *El régimen parlamentario en la práctica*, cap. II.
(2) Obra citada, tít. III, cap. LXXXIII.
(3) Bryce, ídem.

Digitized by Google

6. La primera diferencia sobre los Estados de que tratamos en este punto, estriba en la distinta proporción con que esos tres elementos se ofrecen combinados. Comparando Bryce los Estados Unidos con Inglaterra, dice que en los Estados Unidos el segundo de los elementos, es decir, los que resuelven y aceptan la opinión, es el principal, el primero, más pequeño, y el tercero menor que en Inglaterra. En esta nación, que es quizá la que tiene una educación política más adelantada, el grupo de los que forman la opinión, verdaderos especialistas, es de una importancia grandísima, como lo es por la personalidad que muestra y por la virilidad con que se determina, el elemento neutro, que con cierta periodicidad responde al ritmo de la política que representan sus históricos partidos.

En Francia, aun cuando la proporción entre el elemento activo y el elemento pasivo, pero consciente, y el pasivo y menos consciente, se parece en términos generales á la de los Estados Unidos; tiene la proporción en que esos elementos se combinan, como nota característica lo variable en el orden del tiempo de la proporción misma. En efecto; á causa de la idiosincrasia política de este pueblo, la proporción ofrécese unas veces combinando, bajo la dirección de los *políticos de oficio*, un numerosísimo elemento neutro activo y apasionado, para caer muy pronto en la atonía y en la indiferencia.

En Alemania, la proporción de estos elementos componentes de la opinión pública muestra, de un lado, una alta y habilidosa dirección por parte de los que forman la opinión, especialmente en determinados partidos (el centro católico y los socialistas), y un creciente aumento en el elemento que acepta y recibe la opinión que se forma.

Digitized by Google

Difícil es (¡triste es decirlo!) señalar cuál será la proporción de esos elementos de la opinión de España. Uno de los principales datos para apreciarla, á saber, la estadística electoral, no es para tenido en cuenta. Las estadísticas electorales españolas (1), no expresan los movimientos de la opinión, á causa de la notoria falsedad de las elecciones, y de todo el vergonzoso sistema de corruptelas electorales que nos degrada más y más. Sin embargo, teniendo en cuenta lo que pasa en aquellos sitios, donde la falsedad de las elecciones no es posible (grandes centros de población), y el hecho mismo de consentir el pueblo la falsedad electoral, puede decirse que hay en España un elemento, no muy importante, activo, y un numerosísimo contingente de individuos indiferentes y pasivos. Quizá la mayor parte del elemento *neutro* está formado por éstos.

Apreciando sintéticamente la acción de la opinión pública, dada la composición de la misma en los diferentes Estados, puede afirmarse que la participación en ella del todo social, es más *general* y *total* en los Estados Unidos; más *constante* y *ordenada* en Inglaterra; muy *general*, pero muy *variable*, en Francia; *creciente* en Alemania, y poca *intensa* todavía en España.

7. Considerada la opinión pública desde el punto de vista de su complejidad y de su carácter orgánico, las diferencias provienen de la naturaleza misma de la total organización del Estado, á más del grado de interna diferenciación del cuerpo político. En este respecto, es preciso distinguir los Estados federales (Estados Unidos y Alemania), cuya orga-

(1) Azcárate, *El régimen parlamentario*, cap. IV; véanse mis *Estudios sobre el régimen parlamentario en España*.

Digitized by Google

nización nacional supone una distribución de las fuerzas sociales en los centros territoriales que constituyen los Estados particulares, y los Estados unitarios, bien del *Selfgoverment* como Inglaterra, donde la opinión, aunque referida al Estado central, implica una serie de núcleos históricos con sus centros locales autónomos; bien centralizados como Francia y España, donde la opinión pública es opinión de la masa general, obrando directamente sobre el Estado. En suma, la complejidad y el carácter orgánico de la opinión pública dependen de la mayor ó menor importancia y significación del elemento corporativo político.

Digitized by Google

CAPÍTULO III.

FORMACIÓN Y ORGANIZACIÓN DE LA OPINIÓN PÚBLICA.

1. En la formación y organización de la gran fuerza política que en los Estados modernos supone la opinión pública, es preciso distinguir: 1.º Procedimientos y medios con que se elabora y produce, y 2.º Órganos que la expresan y dirigen de un modo acentuadamente específico.

2. Respecto de los medios con que la opinión pública se elabora, ocurre un fenómeno muy particular y digno de ser tenido en cuenta. Aparte de los medios generales de formación de la opinión pública, como de toda opinión colectiva, provinientes del carácter psicológico del ser social (1), á saber las relaciones constantes de la vida, el influjo expansivo de las ideas (2), la receptividad y reacción activa de la conciencia humana, etc., etc., medios que son de todo tiempo, aunque en el presente tengan cierto carácter especial, por la atmósfera favorable á su desarrollo en que vivimos; aparte, digo, de estos medios, puede afirmarse que el

---

(1) Schäffle, obra citada, Röder. *Grundzüge der Politik des Rechts*, página 156. Este capítulo se ha publicado en español en el *Boletín de la Institución Libre de Enseñanza*, t. XV, pág. 334.

(2) Verdaderas *ideas-fuerzas* en el sentido de Fouillèe.

Digitized by Google

gran *medio* de elaboración y formación de la opinión pública en los Estados modernos es la *publicidad*. Cúmplese aquí la indicación agudísima de Röder, según la que «cuanto más se aproxima el organismo del Estado jurídico á la edad de la madurez, tanto más la *publicidad* de todo lo que concierne á todos, es el elemento de su vida y próspera eficacia, tanto más enérgica y creadora se despliega por necesidad á la luz de esa publicidad la voluntad racional común, aunque dentro de los límites del tiempo y del carácter del pueblo, los cuales vienen como á individualizarle, y tanto más inequívoca es su manifestación por medio del *espíritu público* y de la opinión pública» (1).

3. Ahora bien, y aquí está el fenómeno particular á que se alude: la *publicidad*, medio de formación de la opinión, es, en cierto respecto, *órgano* de expresión de la misma. En efecto; la publicidad en el Estado moderno implica la constitución de instrumentos particulares, los cuales, muchos de ellos son como modos de publicidad, *medios* para formar y órganos para expresar y dirigir la opinión. Realmente, dado el medio, la diferencia estriba en el propósito con que se la emplea al obrar en ó sobre la opinión. Si se trata de dirigirse á la masa social con el fin de atraerla y llevarla en determinado sentido, de promover por el influjo primordial de la idea y bajo la acción del sentimiento y el imperio decisivo de la voluntad, una fuerza dada específica, el medio es de formación en tanto se contraiga á esta primera operación. Si por el contrario, se trata de recoger las inspiraciones y tendencias de la opinión, para darles más acabada forma, definirlas y luego dirigirlas en el sentido mismo que

(1) Obra citada, pág. 156; *Boletín* citado, pág. 334.

Digitized by Google

la opinión indica, bajo el impulso favorable de las corrientes sociales, en ese caso el medio es órgano de expresión primero, de dirección más tarde.

4. Pero conviene notar, que aunque en rigor todos los medios de elaboración de la opinión pública que en los Estados modernos existen especificados, son á su tiempo órganos de manifestación, no todos los órganos son medios de elaboración necesariamente.

En efecto, en el sistema de los medios y órganos que en los Estados modernos se han organizado, cuantos tienen como principal instrumento *de acción* la *palabra*, y como procedimiento para que esta acción resulte eficaz, la propaganda (1), revisten aquel doble carácter. Ahora bien: en este respecto cabe distinguir dentro del Estado, *no oficial*, es decir, fuera del *Gobierno:* 1.° Las *asambleas públicas* (meetings, clubs) al aire libre ó en locales cerrados. 2.° Las *sociedades políticas* de propaganda y á la vez de acción; y 3.° La *prensa periódica* y el *folleto*, y en una esfera de acción menos amplia, el libro. Todos estos medios, como manifestaciones de la actividad humana en la política, son ó pueden ser de formación de la opinión pública, en cuanto se trate en las Asambleas, sociedades y prensa, de la propaganda, de mover y formar medio social favorable á las ideas, y órganos de manifestación y directores de esa opinión, en cuanto las Asambleas se celebren para *manifestar* las corrientes, ya formadas en la opinión, y se pretende por ellas, ó por las sociedades y la prensa, ejercer una acción sobre el Gobierno á nombre y en representación de la opinión misma.

5. Pero hay en los Estados modernos, como algo que les

(1) Véase López Selva, lugar citado.

Digitized by Google

es muy característico, ciertas condensaciones específicas de las fuerzas sociales obrando cerca del Gobierno, que alcanzan la consideración merecida de verdaderos órganos estables y permanentes de la opinión pública, los cuales, influídos por ella, aspiran á ser la encarnación normal de la misma, para determinar de un modo expreso las direcciones que el Gobierno del Estado debe tomar. Se alude, como se habrá comprendido: 1.° A los partidos políticos; y 2.° Al sufragio.

Digitized by Google

CAPÍTULO IV.

REUNIONES PÚBLICAS. — ASOCIACIONES Y PRENSA POLÍTICA.

1. No puede decirse que los tres medios que quedan señalados como instrumentos sociales para la formación de la opinión pública, y á la vez como órganos de manifestación (condensadores) y directores posibles de la misma, sean característicos exclusivamente del Estado constitucional contemporáneo. Las asambleas ó reuniones, así como las asociaciones, son, en realidad, *medios* para esos fines, de todos los tiempos, y la prensa es una forma perfeccionada de otros modos de propaganda y exposición muy rudimentarios. Las reuniones y las asociaciones son algo más aún, son verdaderas condiciones indispensables de la vida social, como la prensa es una manera habilidosa y artística de hacer posibles otras condiciones necesarias de la misma vida social, y la cual manera consiste en la comunicación de las ideas por medio de la palabra con una rapidez asombrosa, y poniendo al servicio del hombre un poder expansivo de una fuerza inapreciable y cada vez mayor.

Pero si todo esto es cierto, también lo es que esos medios revisten, en el organismo político moderno, un carácter especial dependiente de la naturaleza esencialmente *re-*

Digitized by Google

presentativa del Estado. Es preciso notar al efecto, desde nuestro punto de vista presente, que tales medios, considerados en la función específica que en el Estado desempeñan, con relación á la fuerza social sobre que éste descansa y que lo impulsa hasta definir su forma total y la dé su instrumento de gobierno, tienen algo que es de ahora, del Estado constitucional, determinado ó producido por la importancia creciente de su acción política.

2. Ahora bien; ¿en qué consiste esto? ¿Qué es lo que tales medios significan y son en el Estado de nuestros tiempos? En primer término, las reuniones ó asambleas públicas, las asociaciones y la prensa, tienen, como medios de acción *política*, una existencia normal, constante, consentida y *organizada* con cierto carácter *oficial*, hasta el punto de que pueden ser consideradas como *elementos esenciales* de la forma del Estado. En efecto; la vida de éste, en las sociedades modernas, implica, para la buena dirección de sus energías y actividades, reuniones *políticas*, asociaciones *políticas* y prensa *política*, con igual necesidad y con análoga fuerza que los *instrumentos* de gobierno. Las gentes que se interesan de algún modo en la marcha del Estado, que tienen conciencia de su condición de ciudadanos, aunque sea de las que pueden *votar*, encuentran en las reuniones un medio indispensable para hacer sentir su influjo y para formar su opinión; en las asociaciones, medio ambiente donde definir sus aspiraciones; en la prensa, alimento diario á su curiosidad justificada. Por eso, en la atmósfera de *publicidad* para el Estado, á que Röder (1) alude, las operaciones intermitentes ó permanentes que se verifican por me-

(1) Lugar citado.

Digitized by Google

dio de las reuniones, asociaciones y prensa, contribuyen á hacerla más diáfano, ó por lo menos contribuyen á formarla y á extenderla. Además, teniendo en cuenta la amplísima base *representativa* que hemos asignado al Estado moderno en su función de organizarse, las reuniones, asociaciones y prensa, comprendiendo una gran masa de ciudadanos, pero nunca la totalidad de éstos, entrañan un paso de la acción general, vulgar, de todos los miembros del Estado, hacia el hacer reflexivo y definido y menos extenso, en definitiva artístico, que supone el Gobierno. La reunión, la asociación, como la lectura de la prensa, y mucho más aún, la producción literaria de ésta, determinan, en quienes de alguna manera toman parte en aquéllas, ó se inspiran y dirigen ésta, una acción *política* personal, que exige cierta intencionalidad y cierta intervención *reflexiva* en la formación y vida del Estado. Puede señalarse en la significación práctica de estos medios á que aquí se alude, dentro de estos Estados que descansan en las determinaciones de la opinión, que son verdaderos Estados sociales, un grado especial de la evolución que constantemente se verifica, para especificar aquélla en el sentido de su influjo directo sobre el Gobierno. Basta fijarse en que si todos los miembros del Estado contribuyen de un modo espontáneo á la obra de éste, quienes de entre ellos forman parte de una reunión ó asociación, ó leen la prensa, participan con mayor intensidad en la obra política, intensidad que considerada en sí misma varía, naturalmente, según las condiciones personales del sujeto y las circunstancias del momento en que se verifica el acto de que se trata; esto es, las circunstancias del momento en que se emplea el medio. Puede verse aquí una aplicación especial de cierta manera de con-

Digitized by Google

cebir la realidad, muy defendida por A. Comte (1), según la que la realidad se ofrece como manisfestación de una *generalización decreciente* en razón de una *complejidad creciente*, esto es, que á medida que el fenómeno es más *complejo* es menos *universal*, ó en otros términos, que en política, como en todo, á mayor *intensidad* de acción corresponde en el sujeto una atención más detenida, lo cual determina una menor *universalidad* de la acción misma.

3. Por otra parte, como consecuencia necesaria del carácter *jurídico* del Estado y del reconocimiento expresamente declarado de su índole *representativa*, se consagra, de un modo más ó menos explícito en las leyes, la existencia de las reuniones, asociaciones y de la prensa, como medios ó condiciones exigibles, no sólo por los individuos, que es en el respecto en que suelen considerarse sobre todo, sino por el Estado, para que sus tendencias y direcciones gubernamentales respondan á las corrientes que se formen y dominen en la opinión pública. De ahí el significado que es preciso dar á las declaraciones constitucionales, ó meramente legales, que en los Estados se hacen, relativas á los *derechos* del ciudadano (no de toda persona), para hacer uso de los medios á que nos referimos.

4. No reina en este último punto una perfecta unanimidad constitucional ó legislativa, ni la conciencia pública de los diferentes Estados modernos, estima de igual valor las reuniones, asociaciones y prensa políticas. Pueden distinguirse criterios bastante opuestos, dependientes de la fuerza adquirida en la práctica por la opinión pública, y del arraigo de las instituciones representativas, así como

(1) *Cours de philosophie positive.*

Digitized by Google

del grado mayor ó menor de organización de las fuerzas sociales. En general, tomados estos medios de formación y conducción de la opinión como derechos individuales, y considerado el problema político bajo su forma limitada y violenta de un duelo entre el individuo y el Estado, las legislaciones y las costumbres implican soluciones de libertad amplia, que permite la espontánea producción de la opinión por las reuniones, asociaciones y prensa, contrayéndose el poder á reprimir su empleo ilegítimo, ó sea los *delitos* que por tales medios se pueden cometer (criterio inglés (1) y norteamericano), ó bien de desconfianza, que en un grado variable procura revestir al poder constituído de facultades que se dirigen á *prevenir* por mil maneras las perturbaciones públicas que del ejercicio indebido (abuso) de los derechos de reunión, asociación y prensa, pueda resultar (criterio producido en Francia y aplicado aún á Alemania (2) y en España) (3). De la infinidad de disposiciones, generalmente arbitrarias é injustas, la mayoría, provocadas por una gran ineducación del espíritu público, y por un *justificado* temor de los Gobiernos, en los que no ha penetrado con la fuerza y pureza necesarias, el ideal que el Estado *jurídico* (el *Rechtstaats* de que hablan Mohl, Ahrens, Bähr, Holtzendorff, Gneist) representa, nace la gran extensión perturbadora y absorbente del poder ejecutivo, y la amplitud alcanzada en algunos países (Francia, Alemania y España), por la ciencia llamada Derecho administrativo.

---

(1) Dicey, obra citada.

(2) Batbie, *Droit public et administrative.* Meyer, *Derecho administrativo.*

(3) Posada, *Administración política y administración social.*

Digitized by Google

5. Realmente, cuando se organiza *jurídicamente* el empleo de los medios que las reuniones, asociaciones y prensa suponen, se parte de errores muy lamentables. El primero y capital es el de suponer que esto de organizar jurídicamente tales derechos es un litigio de poderes entre el Gobierno y el individuo, cuando al organizar ó legislar ahí (1), de lo que se trata es de declarar, de reconocer y de condicionar el ejercicio de la actividad personal en función de hacer política, y olvidando también que la acción negativa ó limitativa del poder gubernamental debe ser meramente represiva. Además, no suele tenerse en cuenta la necesidad de distinguir entre reuniones, asociaciones y prensa no políticas y las políticas, no para limitar éstas más que las otras, sino para considerarlas como funciones del Estado, y en tal supuesto procurarles las condiciones que su ejercicio exige. Por fin, suele no tenerse presente en aquellos pueblos, cuyos Estados fluctúan aún, entre el criterio francamente representativo y los *dejos* tradicionalistas en las instituciones (Alemania y España), ó en las costumbres y en la psicología nacional (Francia), que la organización del Estado, para producir un Gobierno *propio*, es decir, un Gobierno que surja directa y reflexivamente de la sociedad, por el natural y espontáneo movimiento de todas sus fuerzas, exige que no se oponga obstáculo alguno á la formación normal y constante de la opinión, y tampoco á las manifestaciones pacíficas de ésta.

6. Veamos ahora, aunque sea brevemente, el valor y significación por separado de las reuniones y asociaciones, y de la prensa en el Estado constitucional.

---

(1) Salmerón, obra citada, t. 1.

Digitized by Google

Las asambleas públicas á que aquí quiere aludirse, son aquellas *reuniones* de personas, momentáneas y pasajeras, promovidas circunstancialmente y sin implicar una organización permanente y normal (1), para tratar, por medio de la palabra, las cuestiones *políticas*. Se prescinde, pues, de las reuniones que tengan por objeto asuntos de otra naturaleza. Considerada como libertad, la de reunirse pacíficamente, Laveleye la reputa «como consecuencia de la libertad de ir y venir (de movimientos)» (2).

En el orden político, las legislaciones positivas conceptúan las reuniones, según hemos indicado ya antes, como origen de trastornos posibles. Los principios generales á que esta legislación obedece desde el punto de vista de la policía, son: 1.°, exigencia de un conocimiento previo por la autoridad de la reunión (exigencia más ó menos minuciosa y desconfiada); 2.°, que la reunión sea pacífica, y 3.°, acción represiva para disolverla cuando resulte desordenada, sediciosa, etc., etc. (3).

En la mayor parte de los Estados, las reuniones son objeto de una declaración constitucional (4).

7. Procuraré, sobre todo, señalar la acción que á las reuniones públicas se concede prácticamente en los Estados. En todos, son las reuniones un medio con el cual se expresa la opinión, ya con el propósito de propagarla, ya con el de hacer pública manifestación de ella, ya en fin, con el de dirigir una petición á los poderes públicos. En

(1) Sansonetti, *Trattato di diritto costituzionale*, pág. 483.
(2) *Le gouvernement dans la democratia*, t. I, pág. 145.
(3) Véase mi *Administración política y administración social*, pág. 126.
(4) Estados Unidos, Constitución, enmienda 1.ª España, Constitución, art. 13. Francia, Ley de 1881.

Digitized by Google

todas partes, las reuniones políticas revisten, para los efectos políticos, un carácter distinto, según que se trate de reuniones en locales cerrados ó al aire libre. Las variantes surgen, en razón del uso frecuente ó poco frecuente, para un fin ó para otro, que de este medio hacen los ciudadanos, de la energía del sentimiento público que por ellas se manifiesta y de la eficacia que sus decisiones tienen en la esfera práctica *semioficial* de la vida del Estado.

En este punto, nadie pone en duda que el pueblo en el cual las reuniones (*meetings*) tienen una mayor importancia, es Inglaterra. Las reuniones políticas en Inglaterra, primero, son más frecuentes; segundo, son más eficaces; tercero, están más organizadas que en ningún otro Estado. En rigor, constituyen uno de los elementos más poderosos de *educación política* (1), y uno de los medios más aceptados para hacer influir en las esferas del poder los dictados de la opinión pública. A ellas se debe la gran amplitud de esfera en que el interés político se manifiesta allí. Naturalmente, la frecuencia de las reuniones ó *meetings* en Inglaterra no quita que este medio, como medio de agitación, de propaganda y de acción directiva, se emplee principalmente en los períodos electorales, y cuando una gravísima cuestión surge y apasiona á las gentes (reformas electorales, leyes de cereales, cuestión de Irlanda, etc.). Y conviene señalar con especial cuidado esta manera de ser de la política inglesa, para ofrecerla como ejemplo á los que tienen por peligrosas las reuniones. Puede decirse «que cuando el de-

(1) Véase G. Meale, *Moderne Inghilterra Educazione alla vita politica.* Parte 1.ª, sección 2.ª.

Digitized by Google

recho de reunión se ejerce de una manera permanente y diaria, cesa de ser peligroso» (1).

No tienen las reuniones idéntico carácter en los Estados Unidos, como advierte oportunamente Bryce. «En América, dice este escritor, las reuniones se tienen comunmente para un objeto práctico, como elección de candidatos ó la creación de una organización; son menos frecuentes como mera demostración de opiniones, y como medio de instrucción» (2). En general, las reuniones, aun las de objeto determinado, son allí menos con el fin de *discutir*, que con el de *decidir* y *obrar*.

Aun cuando en Francia, bajo la tercera República, como dice Laveleye (3), las reuniones sean frecuentes, y hayan perdido el carácter que el poder les daba de peligrosas, no revisten la importancia y eficacia que en Inglaterra, si bien no se reducen á los términos á que se reducen por lo común en los Estados Unidos; antes bien, puede decirse que la reunión, como medio de propaganda y de agitación, está muy de conformidad con el carácter abierto y expansivo de Francia.

La Constitución alemana no habla, como es sabido, del derecho de reunión. Rígese éste, por tanto, según las Constituciones de los Estados particulares, algunas de las cuales se inspiran en criterios un tanto restrictivos (Prusia, Baviera y Sajonia), y otras en criterios algo más liberales (Baden y Wurtemberg, por ejemplo). Las reuniones en

(1) Laveleye, obra citada, t. I., pág. 145.
(2) Obra citada, vol. III, pág. 42.
(3) Obra citada, t. I, pág. 145.

Digitized by Google

Alemania alcanzan una importancia excepcional en los períodos preparatorios electorales.

En España, el poder se inspira en el criterio de desconfianza, no tanto en la legislación como en la práctica. Reconócese el derecho de reunión á los españoles en la Constitución (1); sométese á la acción del Código penal (2), y organizase su ejercicio en una ley política de carácter ordinario (3) que se inspira en un criterio nada restrictivo; pero como el sentido jurídico no ha penetrado en España de un modo suficiente por la masa social, ni domina en las decisiones de la autoridad gubernativa, las reuniones están de hecho sometidas al régimen preventivo y prohibitivo. Verdad es que no puede considerarse este medio como un instrumento de acción política, de la importancia que tiene en cualquiera de los países indicados.

8. Por asociación aquí, entiéndese, en general, toda reunión *voluntaria* (no se alude á las naturales y necesarias) y duradera de varias personas para la consecución en común de un fin determinado. No importan ahora todas las asociaciones, ni nos interesa determinar la naturaleza del derecho de la personalidad que implican, ni debatir acerca de si corresponde al Estado investirlas del carácter de personas civiles (4), no. Lo que aquí interesa, es señalar la importancia que en la organización y vida del Estado tienen las *asociaciones políticas*. Realmente, son un instrumento que entraña una gran concentración de fuerzas dispersas,

(1) Art. 13.
(2) Art. 189.
(3) Ley de 15 de Junio de 1890.
(4) Laveleye, obra citada, t. I, pág. 140.

Digitized by Google

una intensidad particular de la actividad, y significan en el país donde abundan, á más de una alta educación política, un amor y entusiasmo decididos y permanentes por la cosa pública. En tal concepto, representan las asociaciones un grado superior de condensación de la opinión, y del hacer político, comparadas con las reuniones. Por otra parte, en un Estado representativo de la extensión territorial y de la población que tienen los que aquí nos ocupan, las asociaciones políticas son necesarias. Promoverlas y facilitarlas es promover y facilitar la educación social y proporcionar medios de los más adecuados para que la opinión pública se forme bien, se dirija mejor, y obre con incontrastable eficacia (1).

Á causa de la manera tortuosa y difícil como se ha verificado en muchos Estados la instauración del régimen constitucional, manera que entraña un período de luchas violentas con todo el cortejo de persecuciones y de asociaciones secretas, ocurre que aun después de afirmado el derecho moderno, las legislaciones suelen organizar, según el criterio de desconfianza y temor, las asociaciones, sometiendo á veces las *políticas* á reglas especiales de policía de seguridad (2). (Véase sobre todo Alemania.)

9. De los diferentes pueblos, Inglaterra es el que más allá ha llegado en punto á la importancia alcanzada por las asociaciones políticas (3), de esas que viven á la luz pú-

---

(1) Véase Sansonetti, obra citada, pág. 150; Palma, obra citada, vol. III; Orlando, *Principii di Diritto costituzionale*, pág. 248; Stein, *Die Verwaltungslehre*, páginas 226 y 559.

(2) Seydel, *Sicherheits Polizei.*

(3) Gneist, *English Verwaltungrlehre*, II y III; Fischel, *English Vervassungs*; Cox, *Instituciones inglesas;* Seydel, obra citada.

Digitized by Google

blica y ejercen una acción intensiva en el Estado. Según advierte Laveleye, «las asociaciones son las que allí forman la opinión, conquistan las adhesiones y llegan á arrancar al poder las reformas necesarias. ¿Qué ejemplo más hermoso puede citarse para el caso, que el éxito logrado por la asociación para la reforma de las leyes sobre los cereales?» (1). Un distinguido publicista italiano, el señor Meale, en un libro ya citado (2), considera de tal importancia la significación de las asociaciones políticas en Inglaterra, que conceptúa incompleto é inexacto todo estudio de la vida política moderna y del desarrollo del derecho constitucional, si no comprende una exposición de «la red de asociaciones políticas que en estos últimos años se extiende por todo el Reino Unido». Son en rigor estas asociaciones allí la base fundamental y sólida de la existencia de los partidos, y el medio de que éstos se valen para mantenerse fuertemente organizados y ejercer influjo sobre la opinión, con el fin de atraérsela.

Tienen también una importancia grandísima las asociaciones políticas de los Estados Unidos. «Las asociaciones, dice Bryce, se han creado, extendido y obrado en los Estados Unidos con más rapidez y eficacia que en ningún otro pueblo» (3). En ninguno se manifiesta, en verdad, con tanto realce el poder ejecutivo de las gentes, la prontitud con que éstas se organizan, el instinto de la disciplina y del deber y el espíritu práctico, como en el pueblo norteamericano, en su función política de constituir y hacer útiles

(1) *Moderne Inghilterra*, pág. 23. Pueden verse en este libro noticias muy interesantes sobre las asociaciones actuales.

(2) Obra citada, t. III, pág. 44.

(3) Obra citada, t. III, pág. 44.

Digitized by Google

las asociaciones. Distínguense, por otra parte, las asociaciones políticas de los Estados Unidos por su tendencia á la acción, por su carácter eminentemente emprendedor y activo. Las ventajas de estas asociaciones las pinta de mano maestra Bryce. «Tales asociaciones, dice, tienen gran importancia en el desenvolvimiento de la opinión, porque despiertan la atención, excitan la discusión, formulan principios, someten planes, estimulan á sus miembros y producen aquella impresión de un movimiento que se dilata y propaga, provocando en el pueblo la tendencia simpática.....» (1), necesaria para la eficacia de la acción política.

Realmente, Inglaterra y los Estados Unidos son los dos pueblos donde las asociaciones políticas, á más de la consistencia histórica de los partidos, tienen toda la importancia que medio tal de defusión de las ideas y para encauzar las corrientes de la opinión, supone. Hay en estos países un criterio legal, franco y principalmente represivo de saludable libertad; como que los Gobiernos, hoy por hoy, no tienen allí por qué temer á la opinión; antes bien es condición indispensable para su vida que ésta se manifieste espontánea y plenamente.

En Francia las asociaciones políticas han corrido muy varia suerte en las diversas transformaciones políticas por que la nación ha atravesado á partir de 1789, en que se proclamó la libertad de asociación. Siguen la marcha de las instituciones, llegando á verse sometidas á los resultados legislativos del espíritu doctrinario con sus desconfianzas *policiacas*. Las principales etapas del ejercicio

(1) Obra citada, t. III, pág. 45.

Digitized by Google

permitido de esta manifestación de la actividad, pueden señalarse teniendo en cuenta las atenuaciones impuestas al principio de libertad contenido en la Constitución de 1791, y sus confirmaciones diversas. Tenemos, en primer término, la prohibición de sociedades secretas en 1791 ya; luego está la Constitución del año III, que prohibe las asociaciones políticas; el Código penal (art. 291), que las somete por completo á las decisiones de la autoridad, acentuándose el sentido restrictivo bajo la Restauración borbónica. La República de 1848 volvió á proclamar el principio de libertad de asociación; pero muy pronto se reveló la desconfianza del poder gubernativo, limitándole. El segundo Imperio restableció el Código penal y la ley de 1834 con su sentido riguroso. La ley de 1881, obra de la tercera República, declara vigente la prohibición de los *clubs*, entendiéndose que las asociaciones no autorizadas por la policía están prohibidas. Ahora bien; sin necesidad de detalles legislativos, desde luego se comprende que una formación social, como la de este poderoso instrumento de propaganda, que requiere tiempo y condiciones favorables para su desarrollo y eficacia, tiene que vivir muy contrariado á través de tan variables criterios y vicisitudes (1). Las asociaciones políticas que no entrañan un propósito revolucionario, ni destructor, sino un propósito legal, de acción en el Estado, mediante la unión de los esfuerzos individuales y la organización y distribución adecuadas de las energías todas, exigen una gran atmósfera de libertad (2).

(1) Véase Batbie, *Droit publique et administrative;* Faustin Helie, obra citada; Palma, *Corso, etc.*, vol. III.

(2) Sansonetti, obra citada, pág. 440.

Digitized by Google

«Cuando la libertad es completa, dice Laveleye, y la asociación está permitida para combatirlo todo, ya no hay motivo para apelar á la fuerza..... Entonces es cuando desaparecen las sociedades secretas y las conspiraciones (1); y entonces es cuando pueden producirse las asociaciones políticas, que viven con el objeto de influir públicamente en la marcha del Estado.»

En Alemania, las asociaciones políticas van teniendo cada día una mayor importancia, merced á la creciente participación en las luchas electorales y en los trabajos de propaganda de las grandes masas que forman los núcleos del gran partido socialista. La consideración legal de este medio de acción es, en cierto modo, doble; pues hay una legislación imperial (2) á más de una legislación particular de cada Estado (3). La primera descansa sobre los principios fundamentales siguientes: 1.° Prohibición de las asociaciones cuya existencia, organización ó fin se juzguen nocivos para el Estado. 2.° Prohibición de las asociaciones cuyos miembros prometan obediencia á superiores desconocidos, ú obediencia absoluta á superiores conocidos, y 3.° Prohibición de las que tienen por fin impedir ó hacer ineficaces las disposiciones legales ó administrativas. Distínguense en este régimen las asociaciones políticas de las no políticas. Las primeras están sometidas á criterio más restrictivo. Deben tener una dirección y estatutos; no pueden relacionarse entre sí (con lo que se quita uno de los medios de su acción eficaz posible); no pueden figurar

(1) Obra citada, t. I, pág. 142.
(2) Artículo 4.°, núm. XVI de la Constitución alemana.
(3) Lörieng, *Lehrbuch des deutchen verwaltungs rechts*, pág. 172.

Digitized by Google

en ellas mujeres, ni menores, ni militares, y deben estar bajo la inspección constante de la Autoridad (1). La legislación particular de los Estados varía, desde el criterio restrictivo de Prusia al más liberal de Wurtemberg y Baden.

En España, las asociaciones políticas, libres y públicas, es decir, que se dirigen á la opinión por los medios de la propaganda y no trabajan á la sombra, no tienen una gran importancia todavía. Sin embargo, debe citarse como ejemplo de lo que pueden hacer, la constituída para la *Abolición de la esclavitud*, y la que aun existe para la *Reforma arancelaria*. En rigor, las asociaciones políticas que hay, fuera de algunos círculos que llevan una vida más ó menos lozana, son los partidos mismos de que más adelante hablaremos.

Desde el punto de vista legislativo, en la actualidad, las asociaciones políticas, reconocidas constitucionalmente (2), hállanse sujetas al Código penal (3) y reguladas como lo están todas las asociaciones, excepto las religiosas católicas, autorizadas por el Concordato, y las que tienen un objeto exclusivamente mercantil, ó las existentes en virtud de leyes especiales, por la ley de 30 de Junio de 1887, inspirada en un criterio bastante restrictivo y de desconfianza gubernativa (4).

10. Haré ahora breves indicaciones sobre la prensa, considerada como instrumento de acción política, de pro-

(1) Esto, aparte de la legislación *excepcional*, represivo-defensiva del Poder contra los socialistas (1878).
(2) Constitución de 1876, art. 13.
(3) Artículo 198.
(4) Véase mi *Administración política*, etc., pág. 126.

Digitized by Google

paganda y de dirección. En este supuesto, su importancia en el Estado moderno es verdaderamente excepcional. La forma más interesante de la prensa política es el periódico, y el periódico, sobre todo diario, es el que contribuye á producir las corrientes determinadas de la opinión, así como es el que procura recogerlas. Independientemente del valor del periódico, como «auxiliar poderoso de la cultura y como instrumento de comunicación» (1), tiene en la organización social de nuestros Estados un valor especialísimo «por la circunstancia de ser (á veces) *órgano de los partidos*» (2), y atender, por tanto, de un modo preferente á la realización y aplicación de los principios; procurando influir muy directamente en las esferas en que la política es obra efectiva, real ó posible.

El Sr. Azcárate (3), que ha estudiado con cierto detenimiento el asunto, asigna á la prensa la doble misión que á todos estos medios venimos asignando: «primero, en cuanto forman y dirigen la opinión pública, y segundo, en cuanto la muestran y reflejan» (4). Ahora bien; para que puedan cumplirla, determina dicho escritor, respecto de la prensa misma, ciertas exigencias, que son otras tantas condiciones necesarias. En efecto, la prensa debe ser: 1.°, *desinteresada;* 2.°, *culta;* 3.°, *imparcial*, y 4.°, *independiente.* Sólo reuniendo estas condiciones, la prensa inspirará confianza á las gentes, será oída y hasta en ocasiones obedecida. Cuando la prensa se mueve por *intereses bastardos*, bien de carácter

(1) Azcárate, *El Régimen parlamentario*, pág. 35.
(2) Idem, pág. 36.
(3) Idem, cap. III.
(4) Idem, pág. 36 y siguientes.

Digitized by Google

criminal (la prensa que se vende), bien de partido, de Gobierno, de personalidad; cuando no es *culta*, sino *vulgar*, de bajo vuelo, meramente informativa del pormenor; cuando á la larga resulta parcial y apasionada; cuando, en fin, se la ve sometida á las decisiones de los Gobiernos ó de los partidos, la prensa pierde su autoridad, y puede ser instrumento de perturbación y de desorden moral.

11. No es fácil señalar cómo reunen estas diversas condiciones las prensas políticas de los Estados constitucionales modernos; sobre todo aquellas condiciones verdaderamente internas y del orden ético á que antes se alude. Es conocido el carácter independiente é imparcial de la prensa inglesa; sus grandes medios de información; su *impersonalismo*, aun dentro de ciertas exigencias determinadas por el imperio del criterio de partido. Es fama que esta prensa, en general, es la que se manifiesta más al servicio de la opinión y más apartada del influjo gubernamental. Es sabido su inmenso poderío directo en la nación y su crédito internacional. Pero, no puede afirmarse que las condiciones éticas las reuna tan á la perfección que no resulte á veces apasionada, parcial y violenta (1).

De los periódicos de los Estados Unidos, dice Bryce, «que son poderosos de tres modos: como *narradores*, como *abogados* y como *veletas*» (2). Como narradores, los periódicos americanos «son los más activos del mundo; nada se les escapa que pueda interesar á cualquier clase de lectores» (3). Un periódico norteamericano *informa* diaria-

(1) Bryce, obra citada, t. III, cap. LXXIX. Daryl, *Le vie publique en Anglaterre*, pág. 22.

(2) Obra citada, t. III, pág. 35.

(3) Idem, pág. 36.

Digitized by Google

mente de más asuntos que un periódico inglés. Como abogados de doctrinas políticas, son los periódicos americanos eficaces «porque son universalmente leídos, y generalmente están escritos con habilidad» (1). Considerándolos como prensa de partido en la formación de la opinión, sea por argumentos, sea por autoridad, tienen probablemente menos fuerza que en Europa (2). El público americano, quizá por falta de aquel espíritu tradicional, característico en el inglés, es más independiente, y por otra parte, los periódicos de los Estados Unidos más impersonales, más de empresa que los ingleses, son, como advierte Bryce, verdaderos *veletas*, por lo fácilmente que cambian de opinión. En este supuesto, es muy inferior en valor á la prensa de Inglaterra, y aun lo es también á la misma prensa francesa; que si no llega á la inglesa ni á la americana, en lo de impersonal, ni en lo de imparcial y desapasionada, las supera en consecuencia política, en el difícil arte del *saber hacer*, y en el espíritu de atracción simpática y generosa. No puede decirse que en definitiva influye ésta en la dirección de la opinión pública con la fuerza que la inglesa, porque la francesa es por lo común más prensa de partido, y más bien sigue la opinión que la guía, pero esto no obsta para que se la conceptúe como una de las prensas de más importancia de Europa.

No goza en verdad la prensa alemana del crédito que goza la inglesa, sobre todo, y en ciertos respectos, no en todos, la francesa. De ella ha podido decir un publicista, que «no es libre en su conjunto, porque se encadena con

(1) Obra citada, pág. 37.
(2) Idem, pág. 38.

Digitized by Google

facilidad, aceptando subvenciones secretas» (1). Sabido es, por otra parte, el significado depresivo que para la prensa oficiosa del Imperio tienen los llamados *fondos de reptiles* (2). Ofrécese, en verdad, aquí uno de los resultados de la necesidad reconocida por los Gobiernos *de facto*, de aparecer apoyados por las fuerzas que se reputan como las que puedan crear y sostener Gobiernos *de jure*, á saber, las fuerzas de la opinión, pues la operación de la compra de periódicos no indica sino el deseo de corromper el espíritu público, á fin de que se estime como favorable al Gobierno constituído. Pero conviene no exagerar las afirmaciones. Sin duda, el defecto anotado es defecto de la prensa alemana; mas al lado de la prensa que se corrompe hay la prensa política, fuerte, apasionada, y que ejerce verdadero influjo en las contiendas políticas, sobre todo, en las campañas electorales. De todos modos, por virtud de las circunstancias, la prensa alemana diaria es prensa de lucha y para la lucha.

La prensa española no puede colocarse por su importancia general al lado de la de los cuatro países citados. Refléjase en ella nuestro estado de relativo atraso y de mediana cultura. Es prensa generalmente parcial, y que se halla un poco tocada del espíritu positivista y utilitario, en virtud del cual tiende á seguir al público hasta en sus mismos extravíos y apasionamientos vulgares. Verdadera prensa independiente, de información general, que refleje al día el movimiento total de la vida, que dé importancia á las cosas que la tienen por sí mismas, que procure levantar al pú-

(1) Lebón, obra citada, pág. 199.
(2) Lavisse, *Essais sur l'Allemagne imperiale*, pág. 168.

Digitized by Google

blico, enterándole de algo más que de los hechos mezquinos, de la política menuda, apenas si la tenemos. Parte de ella es prensa apasionada, de partido, que ejerce muy poco influjo sobre las gentes no afiliadas al partido mismo. Otra parte, la que no es propiamente de partido, aunque siga corrientes generales determinadas, no siempre es independiente de los Gobiernos, y tiende por sistema á hacerse dependiente de los caprichos públicos. No es extraño que por esto no sea el periódico en España lo que debe ser como medio de acción, en la formación y dirección del espíritu político. Hoy por hoy la prensa en España tiene todas las condiciones por las cuales la prensa pueda hacer mal; pero no tiene todas las que hacen falta para que pueda cumplir su misión civilizadora y noble.

12. Para que la prensa responda á las exigencias indicadas por el Sr. Azcárate, no bastan las condiciones que el mismo insigne publicista señala. Es preciso otra condición, que no depende completamente de la prensa misma; esta condición es la de *libertad*. «La libertad de la prensa, dice Laveleye, es el complemento indispensable de la soberanía popular. Es preciso que el pueblo esté informado de todo para que pueda expresar su voluntad sobre todo» (1). En rigor, si la *publicidad* «es la atmósfera natural de un Estado representativo», todo cuanto tienda á impedir *por adelantado* la producción de tal publicidad, entraña el desconocimiento de las condiciones fundamentales bajo que puede manifestarse el influjo de la opinión en el gobierno del Estado. El periódico debe ser para las leyes un medio en sí indiferente, con el cual, como con cualquier otro medio

(1) Obra citada, t. I, pág. 138.

Digitized by Google

de que el hombre dispone, cabe delinquir: pero en modo alguno debe ser mirado con desconfianza, ni tratado de modo especial preventivo. Temerlo es absurdo, ó es prueba palmaria de debilidad y falta de apoyo en la opinión. Por otra parte, ¿á qué temerlo? «Cuanto más violento es el periódico, tiene menos autoridad, y cuantos más periódicos hay, menos poder tiene cada uno. En ninguna parte ejercen menos influjo los periódicos sobre las opiniones que en los Estados Unidos (donde más abundan), salvo en lo relativo á proporcionar el conocimiento de los hechos» (1).

La libertad de la prensa, en cuanto significa y supone la abolición del procedimiento inquisitorial y de previa censura (2), y la sumisión al régimen represivo, puede considerarse, según afirman Bluntschli y Seydel (3), como estado de derecho en los pueblos civilizados de Europa y América. Inglaterra goza de ella desde 1694 (4), y los demás Estados la consagran en sus Constituciones escritas (5). Las limitaciones á la libertad de la prensa impónense indirectamente, por las exigencias de carácter administrativo, para la fundación de periódicos, ó bien por las dificultades económicas que se oponen á su vida, etc., etc. (6).

---

(1) Laveleye, obra citada, t. I, pág. 138.
(2) Puede verse mi *Administración política y social*, pág. 135.
(3) Obra citada.
(4) Véase May, *Historia constitucional de Inglaterra*, t. III.
(5) Constitución de los Estados Unidos, Enmiendas, art. 1.°; española, artículo 13; Alemania, Ley de Mayo de 1874.
(6) Detalles en mi *Derecho administrativo*, t. II; *La Administración política*, pág. 132 y siguientes.

Digitized by Google

CAPÍTULO V.

LOS PARTIDOS POLÍTICOS.

1. Queda dicho en la TEORÍA DEL ESTADO (1) lo que en general significan los partidos. Acentúase, mediante ellos, la condensación y definición de las corrientes de la opinión pública. Son, á manera de organismos colectivos, más ó menos perfectos, producto de las circunstancias históricas, sometidos al imperio variable de éstas, que se ofrecen como instrumentos preparados al servicio de las ideas y para su aplicación inmediata. La propaganda de los ideales no es su preocupación directa. Si en ello se entretienen, es como operación preparatoria de una acción gubernamental posible. En realidad, los partidos políticos sirven de intermediarios, hoy por hoy, entre el Estado y el Gobierno del Estado; por eso puede decirse que tienen su raíz en la sociedad, y aspiran á tener sus ramas en las esferas *oficiales*, á guisa de órganos de las funciones políticas (2).

2. En la participación del todo social en la obra del Estado, los partidos políticos representan una forma del

---

(1) Lib. VII, cap. I, 10.

(2) Véase Stahl (exposición de su teoría por Bluntschli), *Política*, lib. XII, capítulo IV; Röhmer, *Lehre von den politischen Parteien;* Bluntschli, *Política;* Balbo, *Della Monarchia rappresentativa*, lib. II, cap. V; Minghetti, *I partiti politici;* Azcárate, «Los partidos políticos», en los *Estudios filosóficos y políticos*.

Digitized by Google

hacer político más intensa que el de las reuniones, asociaciones y prensa. El partido, considerado en totalidad, entraña una aplicación directa y reflexiva de la actividad humana á la vida del Estado, y supone, respecto de los que le dirigen, un grado superior de habilidad, que puede ser de arte político, y en los que se afilian para ser núcleo de atracción social, hacia la tendencia que el partido sigue, cierta determinación de la actividad que implica decisión reflexiva. En este sentido, los partidos políticos son representantes, no *espontáneos* (los partidos todos no forman juntos la sociedad política), sino *específicos* del Estado plenamente considerado.

3. Los partidos políticos, con la significación y alcance que se acaba de reconocerles, son propios y hasta se justifican en el régimen constitucional moderno. «Se comprende que los partidarios del antiguo régimen rechacen la necesidad de los partidos políticos..... Pueden llegar hasta admitir, al lado de la acción espontánea é instintiva de los pueblos, la reflexiva y racional, que es origen de la formación de los partidos; pero no pueden admitir que mediante ellos se rija ésta á sí propia, por la sencilla razón de que, según sus principios, quien reina y gobierna es el Monarca, el cual puede y debe pedir consejo á los individuos y á las instituciones.....; pero siendo siempre él quien rige la vida de los pueblos....., mientras que dentro del sistema á que sirve de base el principio de la soberanía ó del *selfgovernment*, los partidos se organizan para reinar y gobernar en nombre de la sociedad, y el jefe del Estado no es otra cosa que un servidor de ésta.....» (1).

---

(1) Azcárate, *Estudios filosóficos:* «Los Partidos políticos», pág. 238.

Digitized by Google

4. Pero ¿quiere esto decir que los partidos políticos sean, á más de condición actual del régimen constitucional, condición esencial del régimen representativo? Realmente ofrece esto dudas: *primero*, porque no podemos calcular lo que puede dar de sí, como resultado exterior y formal, el régimen representativo; *segundo*, porque la necesidad de equilibrio mecánico, de contraposición permanente de fuerzas que los partidos suponen, no es esencial en el Estado, que debe aspirar á ser, por movimiento espontáneo de la opinión, más bien un organismo que un mecanismo, y *tercero*, porque entrañan los partido defectos esenciales é inevitables y peligros de carácter moral en la vida política, que son otras tantas negaciones del régimen que mediante ellos se quiere condicionar permanentemente.

La consideración de los partidos políticos, como condición esencial del Estado representativo, supone que estas formas modernas de Gobierno, con Cámaras electivas, con sufragio por base fundamental, Gobiernos de voluntad, *en el hecho*, más que de razón, son ya las definitivas é imperecederas, y que el interés *político* va á ser siempre tan primordial, que exija el cambio temporal de los gobernantes. No hay, en verdad, nada que justifique esta presunción, más bien, si se atiende á los síntomas apreciables, y según las sugestiones de la vida, puede presumirse que, en cuanto el derecho se apodere de la conciencia de los poderes públicos, y la opinión tenga por sí misma una fuerza inmediata de acción gubernativa, no será preciso ese cambio rítmico, y en parte provocado por las necesidades de partido, en el Gobierno, ni será necesaria la ponderación mecánica que los partidos suponen.

Por otra parte, los partidos entrañan defectos muy seña-

Digitized by Google

lados. Las objeciones que ya les hacía Lord Brougham (1), están en pie. Los partidos dividen las fuerzas de Gobierno y hacen que, á causa de la exclusión que supone, respectivamente, el que está en el poder de los demás, muchos hombres útiles al país en un momento dado, no lo son prácticamente. Además, al formar y atraer actividades que acaso de otra suerte no irían á la política, crean necesidades y exigencias, imponen cambios, suscitan apasionamientos, provocan egoísmos, y en ocasiones dañan de modo grave los negocios públicos. Á los partidos se debe en parte ese gran excedente de personal que existe en los diferentes países, de aspirantes á todos los puestos honoríficos y retribuídos, y que forman una impedimenta difícil de soportar; á ellos se debe también en parte el que el poder y su disfrute se conceptúe como botín que se conquista y que debe repartirse (*the spoil system* de los Estados Unidos); y por fin, los partidos son los que mantienen y hacen necesarias la casta de los *politicians*, que llaman en América (2); las tiranías de los *Comités*, que imperan en Francia (3), y los *caciques* de España (4). Uno de los escritores que defienden los partidos, Minghetti, después de señalar sus ventajas, afirma que favorecen «la negación de las tendencias científicas y técnicas, la parcialidad y la exageración de las ideas, la repugnancia, en fin, á conciliar los deseos entre los partidos opuestos, aunque el lograrlo re-

(1) *Statesmen of the time of George*, III *and* IV. Obras, 3, pág. 30 (1832).

(2) Bryce, obra citada, vol. II, cap. LVII.

(3) P. Lafitte, *Le suffrage universel et le régime parlamentaire.*

(4) Mis *Estudios sobre el régimen parlamentario en España.*

Digitized by Google

sulte útil y bueno para la patria» (1). No dudo que muchos de estos defectos pueden atenuarse; pero algunos de ellos son consecuencias necesarias del partido mismo (2).

5. Lo que puede afirmarse, poniendo las cosas en su punto, es lo que ya antes dejo dicho: que los partidos políticos son característicos del régimen constitucional, de base ampliamente electiva, parlamentario ó no. Sus defectos y sus ventajas se corresponden, sin duda, con los defectos y las ventajas de la forma que hoy reviste el régimen representativo.

Así puede inferirse de la realidad misma. Hasta hoy al menos, el Gobierno en los Estados constitucionales no se ha sabido organizar sino por y mediante los partidos, ocurriendo el fenómeno interesantísimo, de que lo mismo el régimen parlamentario (Inglaterra y Bélgica, por ejemplo), que el simplemente Constitucional ó representativo (Estados Unidos, verbigracia), han logrado la vida más próspera, cuanto más definidos y organizados han aparecido los partidos. Se comprende, en verdad, que el historiador Macaulay salude «como una de las fechas más notables de la historia inglesa», cuando al reunirse de nuevo el llamado Parlamento largo, en Octubre de 1641, «tomaron forma ordenada los dos grandes partidos que desde entonces turnan en el Gobierno» (3). Tiene á su vez, razón Grey, cuando afirma que «el Gobierno parlamentario es esencialmente un Gobierno por medio de partidos, ya que la verdadera con-

(1) Obra citada, pág. 80.

(2) Syme, *Representative Government of England its fault and failures*, cap. III.

(3) *Historia de Inglaterra*, vol. I, cap. I.

Digitized by Google

dición de su existencia, es que los ministros de la Corona puedan guiar al Parlamento.....; y la experiencia demuestra que ninguna Asamblea popular puede obrar sin jefes determinados y sin organización de partidos» (1), como la tienen Burke al ponderar «los buenos efectos del espíritu de partido en su país» (2), y Austin (3), y Russell (4), y Disraeli (5), y cuantos se coloquen en semejante punto de vista histórico. Dada la estructura del régimen constitucional actual, sobre todo el parlamentario, su marcha normal, su mecánica especialísima, dependió hasta ahora, y aun depende, de la existencia de partidos vigorosos, á ser posible de *dos*, pudiendo decirse que la crisis actual de los Gobiernos á que se alude cuando se debate acerca del *parlamentarismo*, se origina en gran parte á causa de la falta de organización y definición de los partidos políticos. Lo que ya no puede decirse es si el remedio á los males que en estas crisis se acusan, consistirá en reorganizar á aquéllos, ó bien si es preciso buscar otras soluciones al problema difícil del gobierno del Estado.

6. De todas suertes, aunque los partidos políticos, como fuerzas organizadas y en *disponibilidad* ó en *activo* servicio, para el Gobierno, no sean medio esencial y permanente del Estado representativo, es preciso que los consideremos con cierto detenimiento, por que son medios indispensables del Estado constitucional, hasta el punto de que una

(1) *Parliamentary Government*, pág. 49 (1864).
(2) Citado por Minghetti; obra citada, pág. 71.
(3) *Plea for the constitution*, pág. 34.
(4) Constitución inglesa, cap. XVI.
(5) Citado por Todd, *Parliamentary Government in England;* Introducción, pág. 8.

Digitized by Google

exposición de éste, entraña una teoría de los partidos políticos. Ahora bien: una teoría de los partidos políticos comprende: la determinación; 1.°, de su naturaleza; 2.°, de su misión, y 3.°, de su variedad.

7. «El partido político en un *país*, dice Bluntschli (1), es siempre *una fracción del todo*, no representa, pues, más que el sentimiento de una parte de la nación, ni debe jamás identificarse con el Estado, so pena de ser usurpador y orgulloso. Puede combatir á los demás partidos, pero no puede ignorarlos ni debe aniquilarlos.....» (2). «Los partidos políticos son el producto y la expresión de las diversas corrientes del *espíritu público*, que mueve la vida nacional» (3), por lo que, contra lo que Bluntschli opina, pueden considerarse como verdaderos miembros del organismo del Estado, aunque no del Gobierno. Dada su naturaleza social (*grupos sociales* los denomina Bluntschli), y dada su tendencia á la acción eficaz, los partidos exigen una constitución coherente, á la vez que amplia y flexible; no pueden considerarse como iglesias cerradas, sino como centros de atracción constante para sumar el mayor número de fuerzas posibles y dirigirlas según las tendencias que representan.

8. El partido político, colocado en la zona media del *hacer* político general, y del *hacer* político gubernativo, tiene por misión definir la opinión, apoderarse de ella para llevarla del puro *pensar*, al *hacer* eficaz (4). El partido, en

(1) *La Politique* (traducción francesa), pág. 321.
(2) Bluntschli, obra citada, pág. 324.
(3) Obra citada.
(4) Azcárate, obra citada.

Digitized by Google

cuanto se dirige al Estado, debe ser *político*, depurando hasta donde sea posible las cuestiones, á fin de que su obra, imparcial y justa, no se encuentre viciada en su origen y en sus resultados, por el influjo de un prejuicio *local*, *social*, *religioso*, *de criterio cerrado constitucional ó de gobierno* (1). Es preciso tener en cuenta que el Estado no es patrimonio de ninguna parte del pueblo, ni de clase, ni de confesión religiosa alguna, ni debe obedecer á la imposición de un ideal cerrado, por lo que intentar, mediante el partido, apoderarse del Gobierno para legislar en favor de un territorio, ó de los católicos, ó de los protestantes, etc., ó de los obreros, ó bien según las exigencias de programas dogmáticos, es contrariar los principios esenciales del derecho, y desconocer la misión fundamental del Estado.

Consecuencia de esta misión del partido es que debe ser desinteresado, teniendo siempre presente que al apoderarse del Gobierno no es para repartirse un botín, sino para hacer imperar en él las ideas tenidas como buenas, y como buenas y oportunas admitidas por la opinión pública (2). En suma, la situación del partido político en el Estado exige que el Gobierno sea *por* el partido, y *para* el Estado.

9. Nada más difícil que fijar, según principios racionales, la variedad de los partidos. Hay siempre en su existencia posible, tanto de circunstancial; pueden originarse por tan diferentes causas, que aparte de las cuestiones generales que en sí mismas suponen, criterios opuestos de fácil definición; será preciso contar con que en la realidad, cada difi-

(1) Bluutschli, obra citada, pág. 328.
(2) Azcárate, obra citada.

Digitized by Google

cultad con que el Estado tropieza en la vida, desde el momento en que adquiere ciertos caracteres de gravedad, suscita la formación de partidos más ó menos serios, organizados y permanentes. De ahí la grandísima variedad de los partidos políticos de los Estados modernos, unas veces *mezclados*, como dice Bluntschli (1), pues son partidos religioso-políticos (el ultramontano, centro alemán, católico belga), ó político-territoriales (irlandés, por ejemplo), ó político-sociales (el partido obrero, socialista alemán, socialista francés, etc.), ó político-económicos (el proteccionista francés), etc., otras veces relativos, ya á la forma de Gobierno (republicanos, ó monárquicos), ya al carácter de los poderes centrales y locales (federal y republicano en los Estados Unidos), ya al procedimiento gubernamental (liberales, conservadores, revolucionarios), etc., etc.

10. Así se explica la inexactitud de las clasificaciones teóricas de los partidos, tanto de las que se hacen desde el punto de vista histórico, como de las que se hacen desde un punto de vista abstracto. En el primer caso se encuentra Stahl (2), que reduce todos los partidos á dos clases; los de la *revolución* y los de la *legitimidad:* señalando entre los primeros los *liberales*, los *demócratas* ó *radicales* y los *socialistas* ó *comunistas;* y considerando entre los segundos los diversos matices de cuantos reconocen el poder soberano de los reyes, nobleza, ejército y clero ortodoxo, «representantes naturales de la legitimidad».

Aparte de la inexactitud de considerar, como partes esenciales opuestas de la política, dos afirmaciones: la revolu-

(1) Bluntschli, obra citada.
(2) Expuesta esta teoría por Bluntschli.

Digitized by Google

cionaria y la legitimista, que son históricas, desde luego se advierte que no puede convenir á una clasificación de los partidos en el Estado, teoría como la de Stahl, que supone dentro de él como necesarios, elementos de carácter temporal y que de hecho no existen en muchos (Estados Unidos, Inglaterra, por ejemplo). Precisamente el ideal del Estado representativo implica en su vida normal la desaparición de uno de los términos mantenidos por Stahl.

11. Encuéntrase en el segundo caso la clasificación de Röhmer (1), defendida por Bluntschli (2), y según la que, partiendo de cierta supuesta base psicológica, las edades de la vida, se distinguen los partidos, *radical*, que corresponde á la *infancia; liberal*, que corresponde á la *juventud; conservador*, á la *edad madura*, y *absolutista* á la *vejez*. Difícil es ver en la realidad la exactitud de estas abstractas correspondencias; pero además, la significación corriente de las palabras empleadas para designar los partidos, no entraña los diferentes puntos de vista en que los políticos pueden colocarse para diferenciar sus opiniones.

En efecto; ¿no caben esos cuatro partidos dentro del criterio socialista? Ahora bien; el socialismo rectamente entendido, no como programa del partido obrero, sino como tendencia á reformar la sociedad por el Estado, en cierto sentido colectivista y de justicia para todas las clases, ¿no es un partido que encuentra su opuesto en el individualismo? Análogas consideraciones podrían hacerse respecto de los partidos republicanos y monárquicos.

---

(1) Obra citada.
(2) Obra citada, lib. XII, cap. V y siguientes.

Digitized by Google

12. En rigor, como clasificación teórica más completa de los partidos, no como expresión de su efectividad histórica, sino como doctrina que explica los motivos posibles que en razón de los diferentes problemas de la vida política puedan surgir en los Estados, tenemos la del Sr. Azcárate. «Los partidos políticos, dice éste, como elementos para la vida del Estado, no *pueden* referirse sino á una de estas tres cuestiones: ¿qué toca hacer al Estado?; ¿cómo ha de organizarse el Estado?; ¿en qué forma ha de cumplir su fin?, y de aquí tres bases de clasificación: el *fondo*, la *forma* y el *modo*» (1).

Ahora bien; en el primer respecto, pueden señalarse: ó dos tendencias, que dan lugar á dos partidos, el *individualista* y el *socialista*, ó bien diversidad de tendencias con criterios diferentes en punto á las soluciones de los problemas particulares jurídicos que ha de resolver el Estado. En el segundo respecto, cambian los partidos según la *forma* que se da á los poderes del Estado; en este punto, los más importantes que en la historia moderna se han producido son el *centralizador* y el *descentralizador*, y el *republicano* y el *monárquico*. Por último, en el tercer respecto, es decir, en cuanto al modo, nacen dos partidos, según la manera de entender la ley de sucesión histórica, á saber: el *conservador* y el *reformista*, con diversidad de matices extremos é intermedios.

13. Ahora bien; la situación actual de los partidos políticos, en los diferentes Estados, refleja por modo exacto las dificultades prácticas que entraña la producción de los mismos, toda vez que muchas de esas cuestiones que deter-

(1) Obra citada, pág. 244.

Digitized by Google

minan la posibilidad de soluciones opuestas en la vida del Estado, se ofrecen ahora á los pueblos con cierta simultaneidad y sin responder á criterios armónicos uniformes. Por otra parte, las corrientes políticas no se revelan unánimemente depuradas. Así que en general puede afirmarse que los partidos políticos atraviesan hoy una profunda crisis, difícil de resolver. En primer lugar, ya los Estados no suelen tener exclusivamente aquellos *dos partidos* cerrados y fijos que fueron tanto tiempo orgullo de Inglaterra y de Bélgica, y aun lo son de los Estados Unidos. En segundo lugar, en la mayoría de los Estados los moldes clásicos de los partidos políticos, inspirados en el criterio opuesto para resolver las cuestiones de límites entre el poder y la libertad individual, resultan demasiado estrechos para satisfacer las complejísimas aspiraciones sociales que en los Estados surgen, y para armonizar las soluciones de las cuestiones de *fondo*, de *forma* y de *modo*, hoy pendientes. Por último, en algunos Estados vienen á complicar la posible desorganización de los partidos, intereses poderosísimos de localidad ó territorialidad, de confesión religiosa, de aspiración social, etc., etc.

14. Una rápida ojeada acerca de cómo se halla la cuestión de los partidos políticos en Inglaterra, Estados Unidos, Francia, Alemania y España, pondrá cuanto digo más en claro.

El país clásico de los partidos políticos, ya se sabe que es Inglaterra para el régimen parlamentario; como para el régimen no parlamentario, lo es la República americana. En ambos países los partidos históricos, perfectamente organizados como partidos de combate y de gobierno, eran dos. En Inglaterra desde 1641 se disputaron el dominio en

Digitized by Google

la opinión, en el Parlamento y en la confianza del Rey, la *torys*, partido defensor de las prerrogativas del poder, y los *whigs*, partido defensor de las libertades. Todo su régimen gubernamental con un Parlamento en que impera el criterio de la mayoría, y el cual comprende una Cámara popular en donde se refleja el resultado de las contiendas electorales, con un poder ejecutivo (Gabinete) que viene á ser el Comité de la mayoría de la Cámara de los Comunes (1), con un Rey que está por encima de los cambios políticos de la opinión, aunque sometido á ellos, es un régimen que descansa en la existencia de *dos partidos* fuertes y vigorosamente organizados. Y tan cierto es esto, que mientras los partidos conservaron su significación histórica, y mientras el debate político pudo reducirse á debate de libertades, el cambio de Gobierno, esto es de *Gabinete*, correspondiendo normalmente al de las mayorías parlamentarias, y entrañando por lo común el entronizamiento del *leader* ó jefe del partido electoral triunfante, se hizo con cierta regularidad (2).

Pero la amplitud creciente del sufragio, que implica el advenimiento de fuerzas nuevas, y con ellas de exigencias políticas nuevas, el cambio de las circunstancias políticas generales, la presentación de problemas interiores especialísimos, han quitado en primer lugar la significación histórica á los partidos *conservador* y *liberal* (3), y han desorganizado la antigua y ordenada distribución de las fuerzas

(1) *Constitución inglesa*, de Bagehot.

(2) Véase Todd, obra citada; Macaulay, obra citada; May, Hist. citada, vol. 3.º; Syme, obra citada, cap. III.

(3) Véase Spencer, *El individuo contra el Estado*, capítulo el «Nuevo torysmo».

Digitized by Google

parlamentarias. Hoy el partido *conservador* tiene en su seno una representación del antiguo *torysmo*, y el núcleo ocupa posiciones del antiguo partido *whig*, mientras éste se ha escindido, produciéndose los *unionistas*, los *radicales* y los *gladstonianos* (nucleo más fuerte), y existiendo además cierta representación del partido radical obrero, á más del poderoso partido nacionalista irlandés. Es natural que así suceda. No está reducido el problema político á términos tan sencillos que puedan formularse soluciones armónicas y lógicas admisibles por dos grandes direcciones de la opinión. Hoy el Gabinete parlamentario inglés se apoya necesariamente en una coalición. (Así ha vivido el último de lord Salisbury, y así vive el Ministerio Gladstonne)

15. En punto á cohesión persistente y organización definida, los partidos políticos de los Estados Unidos logran en la actualidad aún, una existencia más floreciente y lozana que los ingleses. En rigor, hoy por hoy los dos grandes instrumentos de acción política nacional allí, son (1) el partido *republicano*, formado en 1856 de los restos del antiguo partido *whig*, y heredero de las tradiciones del *federalista*, y el partido *demócrata*, heredero lejano de las tradiciones del *demócrata republicano*, defensor de la autonomía de los Estados, como el *federalista* lo era de los derechos de los poderes centrales. Esos dos partidos, frente á frente siempre, tienen una organización admirable y absorbente, y acaso á esto y á los defectos mismos que esto entraña, se

(1) Véase Bryce, obra citada; vol. II, Parte 3.ª; véase Ostrogorski, *L' Organisation des partis politiques aux Etats Unis* (*Annales de l'Ecole libre des sciences politiques*, París, 1888-89).

Digitized by Google

deba su persistencia y vigor. En efecto, el alma de estos partidos de batalla, que comparten periódicamente el goce del botín que da el poder, por el sistema del reparto de los despojos al vencedor, son los *politicians* ó políticos de oficio, que Bryce calcula allí en 200.000 (1). Las operaciones en que estos dos grandes partidos se manifiestan, poniendo de relieve su disciplina, su habilidad para reclutar voluntades, la actividad de sus directores y la poca escrupulosidad en la elección de los medios, son las elecciones, es decir, las luchas para obtener los puestos, y con los puestos el premio de las fatigas sufridas. Así vemos que al revés de lo que pasa en Inglaterra, lo principal son los partidos y lo secundario el Gobierno, y así vemos también, seguramente, que gracias á la gran fuerza que mandan, al egoísmo de que hacen gala, al temperamento absorbente de que están adornados, la escisión en sus huestes es difícil, y cuando se presenta una cuestión de ideas, la necesidad de una reforma, en vez de producirse libremente en la opinión y apoderarse de ella las gentes y acaso dar nacimiento á un partido, allí las ideas pueden quedar infecundas y muertas si no tropiezan con el apoyo de uno de esos dos grandes ejércitos que ocupan todo el campo de batalla de las luchas políticas. Ser protegido y apoyado por uno de los dos partidos, es la condición capital del éxito político en los Estados Unidos. El programa, los principios, cuanto es característico de los partidos en Inglaterra y en el Continente, no tiene tanta importancia para los partidos norteamericanos. Dan la batalla cada vez, sobre la cuestión que apasiona por el momento, obedeciendo al influjo que determine la situación

(1) Calcula en Inglaterra, 3.500; véase obra citada, Parte 3.ª

Digitized by Google

geográfica de las huestes, y teniendo en cuenta que los demócratas tienen sus fuerzas principalmente en el Sur y los republicanos hacia el Norte y Noroeste (1).

Pero conviene advertir que en esta misma República surgen, al lado de los dos partidos políticos indicados, otros con el carácter de nacionales también como ellos, lo cual, si no entraña la descomposición de las fuerzas que los partidos organizados suponen, entraña la iniciación de una posible descomposición para el porvenir. Bryce señalaba, entre ellos, *tres* principales: los *greenbackers*, los *defensores del trabajo* y los *prohibicionistas* (2).

16. La descomposición de los partidos políticos, en el sentido de la variedad y hasta de la falta de una perfecta organización, acentúase en los Estados del Continente europeo á que aquí se hace referencia. En Francia no hay verdaderos partidos á la inglesa, y menos á la americana. La posición histórica del problema constitucional, en virtud de la que ha sido durante mucho tiempo una cuestión primordial la de la forma de gobierno, impone la necesaria distinción, aun hoy, entre partidos republicanos, monárquicos (legitimista, casi muerto ya, y orleanista) é imperialistas. Dentro del juego legal de las instituciones, no hay tampoco una diferenciación adecuada de partidos: subsisten muy atenuadas las representaciones parlamentarias de los partidos no republicanos, y tiende á formarse una amplia legalidad común, en la cual se dibujan las tendencias templadas del antiguo *oportunismo*, con elementos republicanos nuevos, y las tendencias radicales, con los restos de la

(1) Véase Bryce, obra citada, cap. LIV, t. II. Esto ha variado algo recientemente.

(2) Idem, cap. LVI.

Digitized by Google

izquierda y del transitorio *boulangismo*, á más de la creación potente del partido socialista. Sin duda la falta de estabilidad de los Gobiernos, la infecundidad de muchos de sus Parlamentos, débese á la falta de partidos políticos definidos. Los Ministerios, durante estos últimos años, han vivido de coaliciones efímeras, formadas por grupos más ó menos numerosos, y más ó menos enemigos entre sí.

17. El espectáculo de descomposición política que se revela en una variedad incoherente de partidos, es en Alemania como en ningún otro país. Resulta allí el *Reichstaag* «amalgama extraña de nacionalidades hostiles y de caracteres opuestos..... refleja demasiado fielmente las divisiones subsistentes en la Alemania misma» (1). Hubo un momento en que las circunstancias permitieron la formación de dos partidos, fué en el Parlamento de Francfort, cuando se debatía sobre si Austria quedaría ó no en la Confederación. Pero una vez realizada ésta en 1867, los problemas políticos interiores provocaron la formación de *tres* grandes partidos: los *progresistas* (liberales antes que alemanes), los *conservadores* (de espíritu simpático, sobre todo á Prusia) y los *nacionales liberales* (patriotas antes que liberales). Estos tres partidos, en vez de acentuar su organización firme, según se consolidaba el Estado federal, se dividieron y deshicieron más y más, por cuestiones de personas y de opiniones (2). Hecho el Imperio, la concentración nacional de elementos territoriales, sociales y religiosos muy diversos, determinó la formación de partidos nuevos con representación parlamentaria bastante acentuada. Así hay hoy en

(1) Lebon, obra citada, pág. 117.
(2) Idem, pág. 121.

Digitized by Google

Alemania: 1.º, los partidos antiguos divididos: conservadores alemanes, conservadores del Imperio, nacionales liberales, progresistas, partido del pueblo; 2.º, partidos territoriales de protesta: daneses, polacos, alsacianos y loreneses; 3.º partidos nuevos, poderosísimos y de influjo creciente: centro católico y socialistas (1).

18. La situación de los partidos políticos en España también indica descomposición, incoherencia, crisis política fundamental. Hay, en verdad, cuestiones circunstanciales, muy palpitantes, al lado de las cuestiones de carácter social general, que impiden la formación de partidos organizados. La discusión y lucha sobre la forma de gobierno determina la existencia de partidos monárquicos y partidos republicanos. La persistencia de una representación de los defensores del antiguo régimen, entraña la existencia del partido monárquico tradicionalista y partidos dinásticos. El goce del poder por éstos, según la práctica del régimen parlamentario, y en razón de la situación especial de la Monarquía frente á las aspiraciones de la democracia, determinó la formación de partido liberal conservador con sus grupos, y de un partido liberal con los suyos. Por otro lado se hallan los partidos republicanos con sus matices diferentes: desde el que simpatiza con la Monarquía, hasta los que afirman en una ú otra forma su sentido incompatible con la Monarquía. Denomínanse estos últimos, hoy por hoy, progresista, centro republicano y federal, y entrañan soluciones políticas de alcance muy diferente en una posible legalidad republicana. Por último, debe citarse el iniciado partido socialista obrero.

(1) Lavisse, obra citada, páginas 304 á 345.

Digitized by Google

CAPÍTULO VI.

EL SUFRAGIO.

1. También queda dicho, en la TEORÍA DEL ESTADO (1), cómo debe entenderse en general el sufragio político. Trátase de un medio reconocido y organizado expresamente por las leyes, de condensación de la *opinión pública*. Ya no hay aquí nada de preparación ni de elaboración de corrientes y de ideas: el sufragio es *acto*, *acto* terminante y decisivo, que entraña toda la preparación que se quiera, como que á conquistarle se dirigen hoy, principalmente, todos los esfuerzos de propaganda y atracción de que se viene hablando hasta ahora; pero que *en sí mismo* es la decisión más ó menos reflexiva, respecto del problema ó problemas que por el momento se hallan pendientes. No siempre el sufragio decide por sí (*Referendum*); pero sí generalmente prepara la posibilidad de la acción gubernamental que implica decisiones constantes y perentorias.

2. Considerado el sufragio en el organismo total del Estado, es una *función política* (2) por medio de la cual se

---

(1) Giner, *Derecho natural;* Salmerón, *Discursos parlamentarios.*
(2) Orlando, *Principii*, etc., páginas 71 y siguientes.

Digitized by Google

fija la intervención expresa de una representación más ó menos amplia, siempre la más amplia de cuantas en el Estado respectivo existen, del todo social en las tareas políticas oficiales. En tal supuesto, el sufragio, como todas las funciones, entraña, en el sujeto que lo ha de ejercer, capacidad suficiente para el caso, capacidad que, por tratarse de una función que exige una organización expresa, se debe determinar *à priori*, según criterios históricos todavía muy variables (1).

Debe advertirse, que la consideración del sufragio como una función política, y no como un derecho de la personalidad (un derecho natural del hombre, según el criterio tradicional francés), y el que, siendo función del Estado para su fin y buena organización, corresponda á éste determinar: 1.°, en qué operaciones políticas se le conceptúa necesario, y 2.°, bajo qué condiciones debe reconocerse su ejercicio, no implica que el sufragio sea una simple cuestión de oportunidad y de circunstancias. La noción de función del sufragio, advierte Orlando, no es negativa de su carácter jurídico. Los *derechos políticos* todos son, ejercidos, *funciones*. Además, la acción del Estado en la declaración explícita de las formas de organización para cumplir su fin, entraña aspectos jurídicos, en virtud de los cuales el Estado tiene que someterse á las exigencias del sujeto que está llamado, por la condición misma de su naturaleza, á desempeñar una función. En su virtud, no es cosa absolutamente libre en el Estado conceder el sufragio, según le acomoda, sino que el trabajo principal del Estado es, una vez determinadas las condiciones de la función, re-

(1) Orlando, *Principii*, etc., pág. 71.

Digitized by Google

conocer la capacidad en cuantos miembros la tengan para ejercerla, y condicionar legalmente tal ejercicio, pues es exigencia fundamental del régimen representativo, la participación de *todos los miembros* del Estado, en las funciones del mismo, según sus aptitudes y capacidades.

De ahí que pueda, con toda exactitud filosófica, hablarse del *derecho* al sufragio, como derecho del ciudadano, capaz de ejercer la función que el sufragio supone.

3. Como puede hablarse también del *deber* del sufragio, es decir, de la obligación que tiene todo elector de emitir su voto. Lo que hay, acerca de este último punto, es una cuestión de oportunidad, respecto de si este deber será conveniente revestirlo de condiciones externas, hasta someterlo á una sanción legal, imponiendo al elector indiferente que se abstiene, una pena (1). Esto sería, sin duda, discutible, porque habría muchísimo que hablar tocante á la eficacia posible de esta pena, y sobre su necesidad; pero que el sufragio impone al que lo tiene el deber ineludible de emitir su voto, es cosa que no cabe negar, en cuanto la finalidad racional que el Estado supone así lo exige. Lo que ocurre prácticamente es: 1.°, que las agitaciones políticas no son siempre tan fuertes, que conmuevan toda la masa social, para llegar á despertar el interés personal de todos los electores; 2.°, que el supuesto de que se parte para la capacidad electoral, no entraña necesariamente el de la cultura política necesaria; 3.°, que para la resultante de la apreciación del estado de la opinión pública, las abstenciones son un dato importante, en cuanto revelan la indiferencia ó interés de ésta, y el grado de educación política de

(1) Paul Lafitte, *Revue politique et literaire*, 1893.

Digitized by Google

la masa. En realidad, la participación creciente del cuerpo electoral en su función propia, más debe esperarse de la acción de medios indirectos, que de la de las leyes coactivas penales.

4. El sufragio político, constituído en función del Estado, organizada hasta el punto de haber quien lo repute como *poder* del mismo (1), es una de las características más salientes del Estado constitucional moderno. Más ó menos *amplia*, *directa*, *real* y *eficaz*, todos los Estados modernos tienen una base electiva. El concepto dominante es que el sufragio implica el medio de acción del todo social cerca del Gobierno; es el sufragio institución que responde al reconocimiento de la soberanía en la sociedad misma, ó á lo menos, de la participación de ésta en el ejercicio de aquélla, entendido todo según los criterios varios de la soberanía del Estado, de la Nación ó del pueblo, en razón del valor que se da al voto, de las operaciones en que el voto interviene, y de la organización á que estas operaciones se sometan. En rigor, la existencia del sufragio, con los caracteres de amplitud y con el alcance político actuales, revela la consagración expresa de la índole *representativa* del Estado, mediante la participación de un gran contingente de ciudadanos, verdaderos representantes de *primer grado*, de la sociedad misma, en las funciones de Estado, ó en la designación de los funcionarios, que han de gobernar ó intervenir en el Gobierno como representantes directos de los electores, y, por ellos, del cuerpo social.

(1) Palma, *Del potere elettorale;* Pierantoni, *Diritto costituzionale*, volumen I, cap. V.

Digitized by Google

Sin duda se ha exagerado en muchos Estados: 1.°, la importancia del sufragio; 2.°, su alcance, considerándolo como fuente única del poder (Francia, y con ciertas atenuaciones, Estados Unidos), y creyendo que la organización y vida del Estado son cosas de la voluntad electoral. Pero se explica esto por las condiciones en que se verifica la transformación del Estado moderno, bajo el influjo de las teorías de Rousseau, y en general, de las ideas de la democracia directa. En realidad, el sufragio es un medio, entre otros, de llegar á la efectividad del régimen representativo, y no debe conceptuarse como depositario *único* del poder. El elector, después de todo, es *ya*, como dejo dicho, un *representante* del Estado, un órgano expreso de la opinión, que vive al lado de tantos otros, y que debe armonizarse con todos, como la fuerza que el sufragio significa, debe organizarse con las demás fuerzas políticas que, al igual que ella, radican en el todo social (1).

5. Las funciones en que el sufragio interviene en el Estado constitucional, pueden reducirse á dos principales: 1.ª, la operación *directa* de la formación de las leyes; 2.ª, la designación de los representantes del Estado en las funciones políticas de gobierno.

6. La primera de las funciones indicadas puede considerarse como la afirmación histórica más acentuada hacia la democracia directa, que se haya podido organizar prácticamente. Consiste, en general, en la participación del *ciudadano elector* en las decisiones políticas, de un modo *inmediato*. Implica, en su forma más radical, la idea de que entre el *Estado* (el todo social así considerado) y el

(1) A. Fouillée. *La Proprieté sociale et la democratie.*

Digitized by Google

Gobierno (en sentido amplio) no hay intermediarios: concepto este equivocado, pues los electores, «ó habitantes del país que son electores», como dice la Constitución del cantón suizo de Appenzell (1), son ya *intermediarios* ó representantes del cuerpo social (electores y no electores). Un ejemplo de este modo de funcionar el sufragio, nos lo ofrece la *Landsgemeinde*, del cantón citado (2). Según la Constitución, el poder soberano lo ejerce el pueblo «*directamente en la Landsgemeinde*» (3), la cual es «la Asamblea general de los habitantes del país que son electores», siendo «la asistencia y participación á la Asamblea..... una obligación cívica.» La *Landsgemeinde* se reune ordinariamente todos los años, y puede reunirse de modo extraordinario. Su competencia es grande: es constitucional, legislativa, económica, designándose además por ella los funcionarios más importantes del cantón (4).

7. Pero la *Landsgemeinde* no es la única ni la más importante manera de esta primera función del sufragio. La más importante es la que se comprende en el derecho de *iniciativa* constitucional ó legislativa reconocida al pueblo (á los ciudadanos electores), y por el cual éste puede espontáneamente promover la adopción de una ley ó la reforma de la Constitución, y en el *Referendum*, ó sea ratificación ó desaprobación de las leyes por el pueblo mismo (siempre por el voto de los electores) (5).

---

(1) Véase art. 27 de la Constitución de Appenzell. (Rhodes exteriores.)

(2) Hay *Landsgemeinde* en Uri, Glaris, y otros.

(3) Art. 9.° de la citada Constitución.

(4) Idem, art. 27.

(5) Véase Laveleye, obra citada, t. II, pág. 146 y siguientes; *Le Refe-*

Digitized by Google

Tanto una como otra forma puede considerarse como aclimatada en la República democrática suiza, lo mismo en el derecho político cantonal que en el federal. La *iniciativa popular* no debe confundirse con el *derecho de petición;* éste implica sólo una manifestación atendible ó no, por los poderes oficiales; aquél entraña una obligación para los poderes constituídos de decidir sobre lo propuesto (1).

El *Referendum*, institución discutidísima en Suiza mismo, entraña la necesidad de someter al voto, por *sí ó por no*, de los ciudadanos electores, de las leyes ó de las revisiones constitucionales, aceptadas por los poderes constituídos; es *obligatorio* cuando todas las leyes adoptadas por la Asamblea representativa deban ser sometidas al voto popular, y *facultativo*, cuando ese voto no se verifique sino en virtud de petición expresa de cierto número de electores, ó bien cuando se exigen determinadas condiciones de la ley, que de no reunirlas entraña la necesidad del *Referendum*. En Suiza, unos cantones tienen el *Referendum* obligatorio, por ejemplo, Zurich, Berna, Schwyz, y otros; facultativo, como

---

rendum; T. Dubs, obra citada, Borgeaud, obra citada, pág. 328 y siguientes; Droz, *La democratie et son avenir*; Marc. Warnery, *Le Referendum legislative;* G. Lorand, *Le Referendum;* Deploig, *Le Referendum en Suisse;* P. Hymans, *Le Referendum dans le constitution suisse;* Hilty, *Le Referendum et l'initiative en Suesse* (*Revue de droit international* 1892.) Coodlidg, *The carly history of the Referendum* (*English historical Review* 1891.)

(1) Véase Laveleye, obra citada, t. II, lib. X, cap. IV; Borgeaud, obra citada. «En Francia—dice Laveleye—el barón Mackau y otros diputados propusieron el *Referendum* en materia de gastos municipales; pero rechazó lo propuesto la Cámara» (pág. 170). «En Bélgica—añade—desde hace un año el concejo comunal de varias ciudades ha recurrido al *Referendum.*» En la última revisión constitucional belga se propuso el *Referendum* Real, es decir, derecho del rey á consultar al pueblo sobre leyes ó cuestiones graves.

Digitized by Google

Basilea-Ciudad, Saint-Gall, Tesino. El cantón católico de Friburgo no tiene esta forma de Gobierno popular. La Constitución federal tiene el *Referendum* facultativo (1).

8. No es, sin embargo, ninguna de estas operaciones las que universalmente se consideran como funciones propias del sufragio. El predominio del criterio contrario al que entrañan las tendencias de la *democracia directa*, hace que la tarea principal del sufragio sea la de designar los representantes que desempeñan las funciones gubernamentales.

En este punto puede considerarse como solución política, universalmente aceptada, la de que en el Estado hay una categoría de funcionarios de origen electivo; pero á partir de aquí, las legislaciones varían muchísimo: 1.° En cuanto á los funcionarios que se designan por sufragio. 2.° En cuanto á la extensión con que se concede el voto para desempeñar esta función. 3.° En cuanto á la forma de emisión de este voto. 4.° En cuanto al sistema que se acepta para distribuir los resultados del sufragio.

9. Á pesar de la variedad de criterios que según vamos á ver reina en punto á los funcionarios de origen electivo, puede conceptuarse como de derecho político general la existencia en todos los Estados de Asambleas, que periódicamente son designadas por el cuerpo electoral, por uno mismo ó por cuerpos electorales diferentes. Es cosa bastante común el origen electoral de las corporaciones locales y aun regionales, y es cosa perfectamente general el origen electivo de todas ó de una de las Asambleas legislativas ó parlamentarias (según el régimen) (2).

(1) Véase el cap. V del lib. I, núm. 17.

(2) Véase Pascaud. *Le suffrage politique chez les principaux peuples civilises* (*Revue de droit international.* 1892.)

Digitized by Google

En *Inglaterra* el cuerpo electoral nacional designa periódicamente (constitucionalmente cada siete años, en la práctica cada menos tiempo), la *Cámara de los Comunes* en una proporción de un miembro por 50 ó 60.000 habitantes. La Cámara de los Lores, hereditaria en su casi totalidad, cuenta con 16 Pares escoceses y 28 irlandeses, elegidos por los Lores de Escocia y de Irlanda.

En los *Estados Unidos*, la base de toda las instituciones es electiva. De las dos Cámaras del Congreso, la *Cámara de representantes* se elige cada dos años directamente por el pueblo de los Estados Unidos en una proporción de uno por 170.000 habitantes (1). El *Senado*, es elegido por las Asambleas legislativas de los Estados (2), así como también lo es, por un procedimiento de delegaciones de segundo grado, el Presidente de la República (3).

En *Francia* puede considerarse también que la base general de las instituciones políticas es electiva. La Cámara de Diputados se elige cada cuatro años por sufragio universal directo, en la proporción de un diputado por 100.000 habitantes. El Senado es también de origen electivo, aunque indirecto, así como el Presidente de la República (que es elegido por la Cámara de Diputados y el Senado constituídos en asamblea nacional) (4).

En *Alemania* tiene carácter electivo directo el *Reichstag* (5), con renovación normal cada cinco años.

---

(1) Constitución de los Estados Unidos, art. 1.°, sec. 2.ª, 1.

(2) Idem, art. 1.°, sec. 3.ª, 1.

(3) Idem, art. 2.°, sec. 1.ª

(4) Ley de organización de los poderes públicos, art. 1.°, y Ley sobre organización del Senado de 9 de Diciembre de 1884.

(5) Constitución alemana, art. 20.

Digitized by Google

En *España* procede de un origen electoral directo el *Congreso de los Diputados*, que se renueva cada cinco años. La proporción es de un diputado por 50.000 habitantes (1). El Senado es de origen electivo indirecto en parte especial, en una mitad (2).

10. No hay criterio uniforme respecto de la extensión con que se *reconoce* ó *concede* el sufragio en los Estados constitucionales, lo cual depende de las circunstancias variadísimas bajo que el régimen político moderno se viene estableciendo, y del criterio parcial con que á veces se plantea ó se acepta el sufragio.

Realmente, no se tiene en cuenta que la determinación de la capacidad electoral debe hacerse atendiendo á las exigencias de la función, y no á tales ó cuales resultados políticos de la mayor ó menor amplitud con que se reconozca. En este supuesto, las condiciones de *sexo*, *censo* é *ilustración*, que suelen señalarse como limitativas del sufragio, son realmente injustas. A lo que se debe atender es á la capacidad jurídica activa del hombre, la cual en cuanto supone en él la facultad de dirigirse y de decidir respecto de su propia vida y bienes, es la suficiente para poder apreciar, como representante espontáneo que es del todo social, la tendencia general que al Estado conviene, y la capacidad y honradez del funcionario que elige. Por otra parte, teniendo en cuenta el significado del sufragio político como el *mínimum* del poder que en ley se debe reconocer al ciudadano, parece justo reconocerlo como derecho y deber en todos los mayores de edad, á modo de una de las condiciones esen-

(1) Constitución de 1876, arts. 27 y 30.
(2) Idem, art. 20.

Digitized by Google

ciales de una vida personal completa. Después de todo, no se hace sino responder á cierta exigencia general que entraña la prestación á todo ser humano de un *mínimum* de medios de vida indispensables.

Esto, aparte de que es en la práctica perfectamente inexacto que limitando el sufragio por razón del *sexo*, del *censo* y de la *ilustración*, se consiga dar al cuerpo electoral más independencia y vigor. El sufragio es más independiente ó difícil de corromper por medios directos, cuanto más extenso. Claro es que esto no quiere decir que no puede haber circunstancias que aconsejen tales ó cuales temperamentos de prudencia en la adopción de medidas que amplien el sufragio, por ejemplo, en la ampliación que supondría el reconocimiento del voto á las mujeres (1); pero cuestión es esta de tacto político y de habilidad. Lo fundamental es reconocer que todas las personas de uno y otro sexo, de una y otra condición, son miembros del Estado, y como tales deben desempeñar aquellas funciones que puedan desempeñar según su capacidad. ¿Hay por ventura, razón alguna para negar á la mujer una capacidad, que se reconoce en el hombre con sólo tener cierta edad? En absoluto ninguna.

11. Atendiendo ya á las legislaciones positivas, aun cuando exista en general, con muy contadísimas excepciones, el criterio por el que se niega el voto á las mujeres, y aun cuando en algunos Estados se limita por el *censo*, es decir, en razón de la riqueza y por la *ilustración*, es lo cierto que la tendencia más dominante va á la aceptación

(1) Véase Stuart Mill, *La esclavitud femenina;* Palma, *Corso di Diritto costituzionale*, III, páginas 35 y 38.

Digitized by Google

del sufragio cada vez más amplio y universal. *Inglaterra* ofrece el ejemplo de esta marcha paulatina en las reformas electorales de 1832, 1867 y 1884-85. (*Franchize bill* ó *The representation of the people bill*, de Gladstone.) Por la primera los electores, de 500.000 subieron á 1.000.000; por la segunda llegaron los electores á 3.000.000, y por la tercera alcanzaron aquellos la cifra de 5.863.907 (15,6 por 100 de la población; datos de 1888).

En los *Estados Unidos* no hay una legislación electoral federal. Se consideran electores federales (de las Cámaras y de los que eligen los electores de los senadores, esto es, las Legislaturas de los Estados y de los que eligen los electores presidenciales) los que lo sean en el lugar donde se verifique la elección, y según las leyes de cada Estado. En casi todos los Estados la base es el sufragio universal: en ocho no tienen voto los pobres; en cuatro, ha de pagarse alguna contribución; en dos, es preciso saber leer y escribir; en uno (Wyoming), tienen sufragio las mujeres (1).

En *Francia* la base electiva es el sufragio universal (2) con exclusión de las mujeres.

En *Alemania*, el *Reichstag* es elegido por sufragio universal con idéntica exclusión (3).

En *España* el sufragio para elegir las Asambleas populares (Ayuntamientos, Diputaciones y Congreso de los Diputados), es universal de todos los ciudadanos varones de

---

(1) Véase Bryce, obra citada, t. II, pág. 92 y t. III, pág. 293; Azcárate, *Los Estados Unidos*, pág. 31.

(2) Ley constitucional de 25 de Febrero de 1875, art. 1.°

(3) Constitución, art. 20.

Digitized by Google

veinticinco años (limitado, en cuanto la capacidad civil es á los veintitres años) (1).

Al lado de este sufragio, concedido con limitaciones mayores ó menores, pero que se reputa función del ciudadano, puede señalarse la existencia de sufragios de clase, en razón de ciertas representaciones cooperativas; por ejemplo, el sufragio político, concedido por nuestra Constitución á las corporaciones científicas y Sociedades económicas para tener representación en el Senado (2).

12. Con respecto á la forma de emisión del sufragio, sostiénense muy diferentes criterios: 1.° Sobre si la emisión del voto ha de ser pública ó secreta. En los Estados constitucionales predomina el criterio favorable al voto secreto como medio de favorecer la independencia del elector; cosa que sobre ser prácticamente no muy eficaz, es quizá depresiva y no muy moral. Stuart Mill defiende muy bien el carácter público del voto. 2.° Sobre si ha de concederse el voto á todos por igual, según el principio de *un hombre, un voto*, ó se debe conceder más de un voto á los electores que reunan ciertas condiciones de capacidad. La solución dominante es la de la igualdad del voto. Sin embargo, en Bélgica, al plantear ahora el sufragio universal, se ha aceptado el criterio del voto múltiple. Hay electores de un voto, de dos y hasta de tres (como ciudadano, como contribuyente y como capacidad científica) (3). Este criterio, injusto sin duda, pues la fuerza del elector más capaz harto se ejerce por el influjo personal, obedece al deseo de atenuar el in-

(1) Ley electoral de 26 de Junio de 1890, art. 1.°
(2) Ley electoral de senadores, art. 1.°
(3) Opinión sostenida por Stuart Mill.

Digitized by Google

flujo de la clase popular. 3.° Sobre si el elector debe participar directamente en la designación inmediata del representante, ó bien si debe procederse de un modo indirecto, empezando los electores todos, censo de primer grado, por designar á los de segundo, y estos (ú otros de tercero) al funcionario de que se trate (1). La solución aceptada en los diferentes Estados es en general doble. Hay en Inglaterra, Estados Unidos, Francia, Alemania y España, asambleas (una de las legislativas; la popular) elegidas directamente; pero en los *Estados Unidos*, el Senado viene á ser de una elección de segundo grado (los electores designan las asambleas *ordinarias* del Estado, y éstas eligen á los senadores) (2) y el Presidente y Vicepresidente son de elección de segundo grado, aunque la costumbre viene haciendo que en la práctica resulte esta como de primero, en cuanto el *elector presidencial* vota al designado por los electores. En *Francia*, el Senado es elegido de modo indirecto por el carácter de los electores (3), como al fin es elección de *segundo grado* la del Presidente de la República (4). En España, cierta porción de Senado (los senadores elegidos por las corporaciones populares), es, en parte, de elección de segundo grado, toda vez que son del cuerpo electoral los diputados provinciales, elegidos por sufragio universal, y en parte de tercero, por la intervención que los concejales tienen en la designación de cierto número de electores senatoriales. Debe, sin embargo, advertirse,

(1) Hay algo de esto en la elección de los senadores aunque no siempre de modo explícitamente establecido.

(2) Es opinión esta acariciada por Taine, *Le suffrage universelle*.

(3) Ley electoral del Senado.

(4) Ley constitucional de 16 de Julio de 1875, art. 3.°

Digitized by Google

que, salvo en la fórmula aceptada para la designación del Presidente de la República, en los Estados Unidos las elecciones de segundo y ulteriores grados á que ahí se hace referencia, no tienen el carácter expreso de tales elecciones de segundo grado. La mayoría de ellas resultan forzosamente, pero en sí implican un modo de proceder para conceder en el Gobierno una participación al elemento corporativo; y 4.°, por último, reina también diversidad de criterio sobre la manera de valorar el voto. En general, el voto se cuenta, pero en Prusia, por ejemplo, se agrupan los electores en categorías diferentes, de modo que los más resultan en definitiva con menos votos válidos, ateniéndose, para hacer la clasificación, á la importancia de la contribución que se paga (1).

13. La determinación del sistema para distribuir adecuadamente los resultados del sufragio cuando se trata de producir una Asamblea, entraña dos operaciones muy interesantes, á saber: 1.°, la distribución territorial, y 2.°, la organización política de la función del sufragio.

Por la distribución territorial se señala la del número de representantes, con relación á la población y al número de electores. Los objetivos que deben perseguirse son dos: la *proporcionalidad* entre los representantes y representados en relación con la suma de habitantes, y la adaptación orgánica de la función electoral en sus resultados, bien á la división geográfica de las ideas, bien á las formas socia-

(1) Véase acerca de todos estos puntos Lorimer, *The constitutionalisme of the futur;* Stuart Mill, *El Gobierno representativo;* Laveleye, obra citada. Brunialti, *Libertà e democrazie;* Palma, *Questioni costituzionali.* Bluntschli, *La Politique.*

Digitized by Google

les de la población. Los sistemas propuestos para hacer esta división territorial, que no debe confundirse con la que tiene por objeto sólo facilitar las votaciones, son tres muy principales: 1.°, *división en distritos uninominales*, atendiendo, *a*) á la proporcionalidad tan sólo (*Francia* (1), por ejemplo); *b*) á la adaptación de la función electoral á la forma social y geográfica de la población (*Inglaterra* (2), con su distinción en *burgos*, elemento urbano, y *condados*, elemento rural). Este sistema supone la nación dividida en distritos, en cada uno de los cuales se elige por lo común un miembro; 2.°, *escrutinio por lista*, que consiste en una distribución de la nación en grandes circunscripciones territoriales, que suman varias veces en habitantes la proporción de un colegio uninominal, correspondiendo al elector votar por lista, tantos representantes como los que á la circunscripción en total se atribuyan. Tiéndese por este sistema á quitar el carácter meramente local á la elección y á responder á la organización de los partidos que formarán la *lista*. Estuvo vigente en Francia hasta la última restauración del sistema de *arrondissement* (uninominal) (3); combinado con el criterio de la representación de las minorías, está vigente en parte en España; 3.°, *colegio nacional único*. Esto es, la nación forma un solo colegio electoral: el elector vota por lista, todos los representantes (defendido por Girardin). Organizados pura y simplemente, este sistema como el anterior, implican el criterio de la

(1) Véase la ley de 13 de Febrero de 1889.
(2) Véase Palma, *La costituzioni dei popoli liberi*.
(3) Ley citada.

Digitized by Google

mayoría numérica brutal. La minoría no tendría con este último, sobre todo, representación.

Según dejo dicho, en *Inglaterra* (1) y en *Francia* se aceptó el sistema de distritos uninominales para la formación del Parlamento (Cámara popular). Igual ocurre en los *Estados Unidos* (para elegir la Cámara de Representantes), y en *Alemania* (para el *Reichstag*). En *España* hay un sistema mixto de distritos uninominales y de *circunscripciones* de tres, cinco y más diputados (2), formados por las grandes poblaciones (Madrid, Barcelona, Valencia, etc.), ó por poblaciones regulares con elementos rurales numerosos. (Oviedo, por ejemplo: su *población* de unos cuatro mil electores, con distritos rurales hasta treinta y tantos mil.)

14. Por la organización política de la función del sufragio se debe buscar una representación en lo posible exacta de las aspiraciones existentes en el Estado, para que en la Asamblea se reflejen é influyan, á fin de que sus decisiones lleven el sello que imprime una colaboración de las tendencias todas. Hay para el caso varios criterios, y de conformidad con ellos, varios sistemas: 1.°, criterio de las mayorías, pura y simplemente; aplícase de modo natural y necesario, cuando se trata de elegir un funcionario único (Presidente de la República en los Estados Unidos), y aplicaríase con la organización del colegio nacional único si los electores votasen todos los candidatos; 2.°, criterio de la mayoría, según resulta expresado por la distribución geográfica de las ideas (3); implica la distribución de distritos

(1) Con excepción de algunos distritos.

(2) Ley electoral para Diputados á Cortes.

(3) Sostiene muy bien este punto de vista Orlando, *Principii*, etc., libro III, capítulo V y VI.

Digitized by Google

uninominales; 3.°, criterios mecánicos y orgánicos de representación de las minorías. Se quiere, mediante estos últimos, procurar facilidades para que en el resultado de las elecciones aparezcan con represen tantes todas las tendencias políticas de alguna importancia. Se han ideado, al efecto, varios sistemas de carácter doctrinal y teórico, cuyos resultados prácticos dejan bastante que desear, pues en general, permiten tales combinaciones de votos dedicados á tan diferentes candidatos, que no es posible apreciar el valor político del sufragio. Las experiencias de España, donde con el voto limitado de las circunscripciones se ve elector que vota á los candidatos de ideas más opuestas, son en mi opinión decisivas (1). En rigor, la aplicación del principio de la representación proporcional de las minorías exige: 1.°, gran cultura; 2.°, partidos muy organizados. Pero veamos los sistemas:

El profesor Orlando establece entre ellos una distinción fundamental: «en unos, la parte dada á las minorías se asigna previamente por la ley y por el cálculo de los comités electorales, y por eso pueden llamarse *empíricos;* en otros, la *proporcionalidad*, más ó menos fija, surge de la elección misma, por lo que pueden llamarse *orgánicos*» (2).

Entre los sistemas empíricos, el más sencillo (preconizado por Grey), es el del *voto limitado*, que consiste en atribuir á los votantes un número inferior al de representantes que deben elegir. Realmente, no garantiza la representación de las minorías, ó facilita en todo caso el de una.

(1) Sostiénese este principio por Hare, Stuart Mill, Lowe, Cairns, Fawcet, Naville. Véanse los trabajos de Genala, Brunialti, Orlando, etc.

(2) *Principii*, pág. 98.

Digitized by Google

Otro es el del *voto acumulado* (sostenido por Marshall), por el cual el elector dispone de tantos votos cuantos son los representantes que debe elegir, si bien puede darlos todos á uno mismo.

Entre los sistemas orgánicos, el más importante es el preconizado en 1855, ya por T. Hare, y antes por Andrae, defendido por Stuart Mill y desenvuelto luego por otros escritores: llámase este sistema del *cociente electoral*. Puede resumirse de este modo: El Estado forma un colegio único (no habría inconveniente en hacer varios grandes colegios), dividido en distritos y secciones para el fin de la votación. Esta se hace como de ordinario, pero teniendo en cuenta: 1.°, que el elector es libre de votar por cuantos nombres le parezca; 2.°, que debe escribirlos según el orden de preferencia que da á los distintos candidatos que vota. Hecha la votación, la oficina central hace el cómputo total de *todos los votantes*, y los divide por el número de representantes asignados á la nación (ó al colegio, si hay varios), obteniendo así el *cociente*. Procédese entonces al escrutinio, según estos criterios: 1.°, cada boletín vale por un solo nombre, el primero inscrito; 2.°, cuando un candidato ha alcanzado el cociente se reputa electo, y cuantos boletines los traigan como primero, se aplican al siguiente, y en cuanto éste alcanza el cociente al otro, y así sucesivamente.

Otro sistema, también orgánico, es el de las *listas concurrentes* concebido por Considerant. Parte del reconocimiento legal de los *partidos*, los cuales, por medio de sus comités, forman las listas con tantos nombres como representantes se atribuyen al colegio. El elector vota la lista, y hecho el cómputo de los votos que todas las listas han

Digitized by Google

obtenido, se escoge proporcionalmente de todas el número de representantes; el orden con arreglo al cual los candidatos se escogen es el designado por los partidos (1).

No puedo detenerme á hacer aquí la crítica de estos sistemas. Tienen todos gravísimos inconvenientes, siendo el más grave el que ya he indicado de la inmoralidad política que la mayoría de ellos condiciona, provocando la facilidad de la falta de criterio en el elector, que puede dar su voto á candidatos que representan ideas que totalmente se excluyen. Si se evita este inconveniente con las listas de los partidos, se cae en otro, cual es el de coartar la libertad del elector que no quiera afiliarse (con perfecto derecho) á ninguno. En mi opinión, cuestión es esta que no puede resolverse en principio, y que cada pueblo debe resolver teniendo en cuenta: 1.°, la distribución geográfica de las ideas políticas; 2.°, la organización y seriedad de los partidos; 3.°, la cultura del elector; 4.°, las costumbres electorales, etc., etc.

En las cinco naciones á que aquí nos referimos, el criterio más admitido es el de las mayorías, combinado con la distribución uninominal, que da una representación espontánea é histórica de las minorías, según la fuerza de las ideas en los distintos puntos del territorio. Á lo menos, en las elecciones de carácter general. *Inglaterra* aceptó en 1867 el voto limitado para los distritos de tres candidatos. En *España* se aceptó el voto limitado para las circunscripciones que eligen tres ó más diputados (2) á Cortes, aplicando el criterio á las elecciones de Diputados provinciales y de

(1) Véase Santa María, *Curso de Derecho político*, pág. 195.
(2) Ley electoral, tít. III.

Digitized by Google

Ayuntamientos. En algunos Estados de la República americana se aceptaron sistemas especiales. En Francia y Alemania se procura cierta defensa á las minorías con los *ballotages*, en virtud de los que, cuando en primeras elecciones ninguno de los candidatos reune, por ejemplo, la mitad más uno de los votantes, se procede á segunda elección, dando así lugar á inteligencias entre las minorías derrotadas en las primeras.

15. La emisión del voto, ó sea el ejercicio práctico del sufragio, entraña una legislación especial, que se dirige:

1.° Á determinar exactamente los electores que lo son en razón del principio fundamental declarativo del derecho y que no están incapacitados para ejercerlo. Á este propósito responde la formación de las listas electorales (*censo electoral*, dice nuestra ley) (1) en donde debe reflejarse con fidelidad el movimiento de la población electoral por años.

2.° Á procurar la exactitud y fidelidad de estas listas electorales, mediante la designación adecuada de personas ó corporaciones que ofrezcan garantías de imparcialidad. Tiene este punto trascendencia verdadera, sobre todo en países como España, que es, como repetidas veces ha dicho el Sr. Azcárate, una excepción en Europa en punto á falsificar las elecciones. Merece especial mención en este respecto nuestra ley vigente, que ha organizado una serie de juntas llamadas del censo (municipales, provinciales y central), con el objeto de procurar la exactitud y fidelidad de las listas (2), y que no lo ha conseguido. Estas juntas obran con independencia del Poder ejecutivo, y la Cen-

(1) Ley electoral de 1890, tít. II.
(2) Idem, tít. III.

Digitized by Google

tral tiene atribuciones excepcionales que hasta ahora han servido para poco.

3.° A distribuir territorialmente el sufragio, procurando la facilidad para la emisión del voto por los electores, evitando la acumulación de éstos y señalando de antemano los lugares de la elección (1).

4.° A preparar las elecciones mediante la constitución de las mesas, de modo que la emisión del sufragio sea libre, y el resultado del escrutinio respetado. Nuestra ley lo procura (no lo consigue por completo) dando en la mesa intervención á todos los candidatos (2).

5.° A determinar el procedimiento que ha de seguirse en las elecciones, señalando términos, procurando fórmulas, á fin de que la elección se efectúe de modo conveniente, y que la proclamación de los candidatos se haga oportunamente (3).

6.° A castigar á los que faltan á las disposiciones legales relativas á la preparación, emisión y demás que el ejercicio del sufragio supone (4).

---

(1) Ley electoral de 1890, tít. IV.
(2) Idem, tít. V.
(3) Idem, tít. V.
(4) Idem, tít. VI.

Digitized by Google

Digitized by Google

LIBRO VI.

ORGANIZACIÓN DEL GOBIERNO.

Digitized by Google

Digitized by Google

ORGANIZACIÓN DEL GOBIERNO.

CAPÍTULO PRIMERO.

OJEADA GENERAL Y PLAN.

1. El resultado de la indagación y exposición de este *libro sexto* debe ser la definición respectiva de cada una de las *formas de Gobierno* bajo que vive el *Estado* en las cinco naciones contemporáneas á que aquí aludimos especialmente. Esta definición, que en sus rasgos generales puede obtenerse ya en parte para cada Estado, después de todo lo expuesto hasta el presente, debemos procurar formularla completamente, mediante examen comparativo que ha de hacerse á partir del conocimiento de cuantas instituciones comunes se pueden señalar en el derecho constitucional moderno, como resultado del mismo ideal que por los diferentes pueblos se persigue, y de las instituciones peculiares que cada derecho constitucional organiza, como consecuencia de su peculiar desenvolvimiento y de su posición histórica.

Pero antes de pasar á realizar el propósito que se acaba de exponer, conviene hacer una advertencia relativa á la

Digitized by Google

extensión y detalles con que voy á tratar este asunto. Suele ser, por lo común, la exposición de la organización ó forma de Gobierno, el contenido casi total del derecho constitucional que en los libros se comprende; así que es bastante general que tal estudio abarque *materialmente* gran parte de los *Tratados* y *Manuales* que en esta disciplina jurídica se ocupan (1). No pretendo censurar semejante proceder; pero como estoy siguiendo en esta obra otro distinto, y ahora es la ocasión más á propósito de razonarlo, diré á este fin algunas brevísimas palabras.

La extensión con que se va á tratar de la organización ó forma del Gobierno, será relativamente corta; en primer término, porque mucho de lo que los tratadistas suelen considerar como tal, va incluso en la exposición del principio de la soberanía (libro III) y en la organización del Estado (libro V); y en segundo lugar, porque la parte propiamente dispositiva é impositiva del derecho, tocante á los órganos *oficiales* del poder gubernamental, hállase clara y específicamente en los documentos legales escritos, que habrán de ir, á modo de apéndice, en la GUÍA. Así que, en lugar de reproducir constantemente en el texto el articulado de las disposiciones constitucionales, juzgo de más utilidad (entre otras cosas, para evitar repeticiones y

(1) Burgess dedica en su libro citado todo el segundo tomo, más voluminoso que el primero, al asunto. Palma el segundo de la suya, que es el más voluminoso de los tres. Orlando más de la tercera parte del Tratado. Pierre más de la mitad del suyo. Santa María gran parte de su Curso, siendo éste el punto que se trata con más detenimiento en los cursos universitarios españoles. Véanse también los Manuales de los derechos políticos de los diferentes países de la colección (alemana), Marquardsen.

Digitized by Google

para acostumbrar al que estudia al manejo directo de las Constituciones y leyes) aludir por llamadas á él, dedicando la mayor parte de la exposición á interpretar dichas disposiciones, relacionándolas y completándolas con los resultados de los usos y prácticas.

2. De todo lo expuesto en los libros anteriores, pueden inferirse las bases ó fundamentos comunes de la organización política del Gobierno en los Estados que estudiamos. Los Gobiernos descansan, con más ó menos fidelidad, en las ideas ó supuestos de la representación, como forma de actuar el Estado mismo. Todos tienen un origen más ó menos amplio, electivo, revistiendo en todos la elección el carácter de un medio de comunicación periódica entre el *todo social* y las instituciones oficiales que se conceptúan como la representación inmediata y directa de la opinión pública, y en algunos (Francia y Estados Unidos, sobre todo), el de medio más importante para hacer efectiva la selección que el Gobierno exige, de las personas que han de desempeñar las más importantes y preeminentes funciones políticas (Cámaras, Jefatura del Estado, etc.).

3. La representación reflexiva ó legalmente reconocida que sirve de base á los Gobiernos, como medio de comunicación entre la sociedad como Estado y éstos, entraña históricamente dos elementos, más ó menos organizados y reconocidos en representaciones específicas: siendo éste uno de los datos más característicos del Estado moderno. Esos dos elementos, que algunos autores descomponen en otros varios (1), son: el *individual*, que es en su conjunto nacio-

(1) Véase Lorimer, *Constitutionalisme of the futur;* Röder, *Politik des Rechts;* Ahrens, *Organische Staatslehre;* Mosca, *Le Costituzione moderne;* Laveleye, *Le Gouvernement dans la democratie*, etc.

Digitized by Google

nal, y el *corporativo* ó social. En efecto; en los Estados todos, no sólo existen (que esto siempre ha ocurrido), sino que se reconocen como *elementos de acción*, como centros dinámicos de la vida política: 1.°, la totalidad de los individuos; 2.°, las corporaciones políticas territoriales (locales), y á veces las corporaciones especiales de otra índole (Universidades, Iglesias, etc.).

4. El reconocimiento del primero de los elementos citados es general; todos los Estados que aquí estudiamos (y ocurre esto en otros con ciertas atenuaciones del régimen electivo; Prusia, y Bélgica ahora, por ejemplo), convienen en la necesidad de tomar como base de representación política la suma de los individuos, para organizar aquel instrumento gubernamental que en nuestros tiempos tiene como función recoger de un modo inmediato las aspiraciones de la opinión pública y servir de palenque abierto á los partidos (las Asambleas nacionales, legislativas y parlamentarias), y todos convienen y conceptúan esta masa individual como una é indistinta, bajo cierto aspecto, en cuanto reputan á los representantes de ella como representantes, no de los electores que particularmente los designan, ni de los grupos territoriales que los eligen, sino como representantes de la nación. Vese esto claro: 1.°, en la no existencia del mandato imperativo (1), es decir, de limitaciones á la libertad del representante, que lo convertirían en delegado de los electores, y 2.°, en la declaración, á veces expresa,

(1) Véase Burgess, obra citada, t. II, pág. 116; véase, por ejemplo, el artículo 22 de la ley de 30 de Noviembre de 1875, francesa, sobre elección de diputados, y el 29 de la Constitución alemana.

Digitized by Google

de que el diputado ó miembro de las Asambleas populares representa á la nación misma (1).

5. El elemento corporativo se reconoce de modo muy diverso y por procedimientos distintos. Todos los Estados nacionales descansan en el supuesto de una organización local, que forma parte de la total constitución política del país (2), y en el de cierta cooperación indirecta de las grandes corporaciones sociales. Pero, además, en todos se reconoce alguna acción directa á estas corporaciones en la elaboración, bien de la dirección *política* y *legislativa* (régimen parlamentario), bien de ésta sólo (régimen presidencial de los Estados Unidos, y, hasta cierto punto, régimen constitucional de Alemania), mediante la representación de lo que tales corporaciones suponen, así como de lo que suponen determinados intereses sociales. Lo común es que una de las dos Cámaras que forman el poder legislativo esté compuesta de los representantes de dichas corporaciones é intereses; pero ya veremos esto más despacio luego. Sólo importa ahora notar que los criterios distintos que dominan en este punto son: 1.°, el impuesto por la naturaleza *federal* del Estado, que hace necesaria la representación corporativa de los Estados que se unen (Senado norteamericano y Consejo federal alemán); 2.°, el dependiente del carácter democrático de la vida política (Senado francés); 3.°, el tradicional histórico, imperante en Inglaterra, al reconocer la situación territorial de la población

(1) Véase el art. 29 de la Constitución alemana y el 21 de la ley electoral de diputados, española.

(2) Las distintas corporaciones locales de España, Francia, Inglaterra y Alemania, véanse en el *Derecho administrativo*, de Meyer y Posada.

Digitized by Google

para fijar la representación misma individual y la social para organizar la Cámara de los Lores, y 4.°, el de tendencia orgánica, malamente interpretado en nuestra ley electoral con los llamados colegios especiales (1), y al que responde nuestro Senado.

6. Prescindiendo, por de pronto, de las variantes legislativas, y atendiendo á la estructura *en conjunto* que expresamente se determina en las Constituciones escritas, siguiendo de lejos ó de cerca los lineamientos apreciables de la Constitución inglesa, tal como aparece formulada en Montesquieu, y con las modificaciones históricas que éste no llegó á vislumbrar siquiera, puede afirmarse que el instrumento de gobierno, organizado en los cinco Estados, está compuesto por las siguientes instituciones de carácter central: 1.°, Asambleas representativas (2); 2.°, Jefatura del Estado personal, con la cooperación, entendida de manera muy diversa, de ciertos funcionarios que forman, bien un Consejo ejecutivo, independiente—Poder ejecutivo (Inglaterra, Francia y España), ó bien son sus meros auxiliares (Estados Unidos y Alemania), á más de una porción de funcionarios, más ó menos dependientes y subordinados, que extienden su acción hasta donde el Gobierno lo exige, y 3.°, un orden de magistrados, cuya misión es aplicar el derecho en las relaciones de la vida.

7. Es también carácter común de esta organización cons-

(1) Véase la ley electoral de diputados, t. III, art. 24 y siguientes. Estos colegios han dado unos resultados deplorabilísimos. Verdad es que no responden á nada, absolutamente á nada.

(2) Constitución inglesa: existen de antiguo y viven bajo la acción de la costumbre; Estados Unidos, cap. I; Francia, Leyes de 1875; Alemania, Constitución, III y V, España, Constitución, tít. II, III y IV.

Digitized by Google

titucional la distribución de funciones del Estado, según las exigencias formales de la realización del fin jurídico, si bien entendido, en lo fundamental, de modo distinto. Todos los Estados afirman la existencia: 1.°, de una función legislativa, más ó menos amplia, que se atribuye *principalmente* á las Asambleas; 2.°, de una función *ejecutiva*, que se atribuye *legalmente* al Jefe del Estado; 3.°, de una función *judicial*, que ejercen casi en su totalidad los Tribunales; 4.°, de una cierta acción *unitaria*, que tiende á mantener en armonía los órganos especiales del poder, y que implica el imperio, más ó menos incontrastable, del que se reputa en cada Estado el soberano. Representa esta acción á veces, el Jefe del Estado en alguna de sus funciones (Inglaterra, Francia, Alemania y España), y la ejercen en definitiva los órganos más directos de la opinión pública (el sufragio suele ser su expresión más general), y 5.°, de funciones no declaradas expresamente como tales, ni organizadas con entera independencia, que se refieren á las relaciones del Estado: exteriores, internacionales, y con las sociedades particulares (religiosas (1), científicas, industriales, etc.), é *interiores*, con los individuos, no considerados como miembros, y con las corporaciones subordinadas. Las más importantes de estas relaciones, reguladas por la ley, las dirige, á nombre de la nación, el Jefe del Estado ó el Poder ejecutivo (Ministerio del Interior, de Relaciones exteriores, de Cultos, Instrucción pública, etc.).

8. Para exponer la organización gubernamental, resultante de la distribución de las funciones en los órganos ó

(1) La importancia de las relaciones entre la Iglesia y el Estado hace que muchos tratadistas les dediquen capítulos especiales.

Digitized by Google

instituciones fundamentales, ofrécense no pequeñas dificultades, nacidas de que las funciones no se hallan especificadas en los órganos adecuados de un modo definido y determinado, ni existe una igualdad de criterio histórico en la distribución funcional circunstancial que los diversos Estados han logrado en este punto.

Tres procedimientos se ocurren para verificar la exposición á que aludo, pero todos tienen sus defectos y requieren ciertas explicaciones complementarias. He aquí cuáles son aquéllos: 1.º Exposición de cada derecho constitucional por sí, como si se tratara de uno solo, dejando para indicaciones ulteriores las determinaciones de los resultados comparativos; pero este procedimiento deja en pie una de las dificultades más graves, en cuanto, según queda dicho, existe una falta de correspondencia exacta entre el sistema de las funciones y el de los órganos, en cada Estado en particular. 2.º Exposicion de las instituciones atendiendo á la estructura exterior de los poderes públicos, considerando las que son comunes, como, por ejemplo, las Cámaras, la Corona ó Presidencia de la República, y señalando al hacer la exposición, en el caso en que como en el presente, se trate de varios Estados, las analogías y diferencias. Es en parte el procedimiento empleado por Palma (1), y el que suelen usar los expositores de alguna Constitución positiva; por ejemplo, así procede en cierto modo Bryce (2). Pero ofrece esto, en el derecho comparado, graves dificultades, nacidas de las diferencias que es preciso suponer conocidas de antemano, entre instituciones cuya existencia ó no exis-

(1) Obra citada, tít. III.
(2) Idem, tít. I.

Digitized by Google

tencia caracteriza precisamente á las Constituciones (el Gabinete como poder ejecutivo, verbigracia). 3.º Exposición de los diversos derechos políticos, atendiendo á las funciones que constituyen en definitiva el gobierno del Estado y señalando, al determinar su acción propia, cuáles son los órganos específicos en que históricamente encarnan (organización política, circunstancial y variable). Este procedimiento es el que sigue Orlando (1) para el derecho italiano, con alusiones á otros derechos, el que sigue Burgess (2), y el que, en parte, sigue Laveleyè al exponer el Gobierno en la democracia (3). Es el mismo que conceptúo más aceptable, si bien con ciertas aclaraciones. Así, debe tenerse en cuenta que la exposición escueta (legal) de las funciones del Estado en los órganos específicos, por sí sola, no da la idea cabal de la forma de Gobierno como forma política en lo que tiene de circunstancial, pues hay algo que depende de la acción resultante, total, del instrumento político, y que sólo puede advertirse atendiendo al modo real y efectivo de la acción de los órganos todos, bajo la presión de las circunstancias, y bajo el influjo de las costumbres y de la opinión.

Por fin, nuestra exposición ha de referirse especialmente á las funciones y órganos de carácter político en su acción, prescindiendo de entrar en los mismos detalles y consideraciones respecto de lo que constituye, tratándose de ellos, el contenido de otras disciplinas jurídicas. (Derecho procesal, administrativo, internacional.....)

---

(1) Obra citada.
(2) Idem.
(3) Idem.

Digitized by Google

CAPÍTULO II.

LA FUNCIÓN LEGISLATIVA.—LAS ASAMBLEAS.

1. Ya dejo dicho que la función legislativa, como función de Gobierno, ó en el Estado oficial, se atribuye á las Asambleas de un modo principal y predominante, pues conviene advertir que en el ejercicio de tal función intervienen, de una porción de maneras, otros órganos del poder público.

2. Aun cuando en principio se debate, ó más bien se ha debatido mucho acerca de la conveniencia de organizar la institución legislativa en una Cámara ó en dos (de ahí los sistemas *unicamaral* y *bicamaral*), en los Estados modernos que aquí se estudian, y en la mayoría de los demás, se ha aceptado el criterio de la organización de dicha institución política en dos Cámaras, si bien respondiendo al hacerlo á criterios distintos, derivados de una misma sugestión histórica (la inglesa).

3. En Inglaterra, estas Cámaras se denominan de antiguo ya *Cámara de los Lores* y *Cámara de los Comunes*.

La Cámara de los Lores se compone: 1.°, de los lores *espirituales* (Arzobispos de Cantervory y de York, y varios obispos, hasta 28); 2.°, de los lores *temporales* que son: *a*) los príncipes de la Real familia, é hijos de lores vivos aún, llamados por la Corona; *b*) de los lores por derecho he-

Digitized by Google

hereditario; *c*) de los lores creados por el soberano; *d*) de los lores escoceses elegidos por los lores de Escocia para cada Parlamento; *e*) de los lores irlandeses, elegidos por su vida; *f*) de dos ó cuatro *lords of appeal in ordinary*, designados por la Corona.

Carácter de esta Cámara: hereditaria principalmente, permanente y de una representación y significación tradicionales.

La *Cámara de los Comunes*.—Hállase hoy compuesta de 670 representantes, elegidos por siete años en los *condados burgos* y Universidades del Reino Unido, y distribuídos en esta forma:

	Burgos. — Elemento urbano.	Condados. — Población rural.	Universidades.	TOTAL.
Inglaterra...	226	234	5	465
Gales.....	11	19	»	30
Escocia.....	31	39	2	72
Irlanda.....	16	85	2	103
	284	377	9	670

Carácter de esta Cámara: electiva y popular: atiéndese á la proporción numérica (un diputado por 50 ó 60.000 habitantes), teniendo en cuenta la distribución de la población geográfica. Admítese cierta representación corporativa, de poca importancia (nueve representantes de 670) (1).

(1) Véase Todd, obra citada; Burgess, obra citada, t. II, pág. 59 y siguientes; Racioppi, *Ordinamento digli Stati liberi d'Europa*, página 28, etc.

Digitized by Google

4. En los Estados Unidos, los poderes legislativos de la Unión los ejerce el *Congreso*, compuesto de un *Senado* y de una *Cámara de Representantes* (1).

El *Senado* está formado por dos senadores por cada Estado, elegidos por seis años por la Asamblea legislativa del mismo (2). Cada senador tiene un voto. El Senado se renueva por terceras partes cada dos años. Hoy debe constar de 88 miembros.

Carácter de esta Cámara: electiva, representativa del elemento corporativo federal (los Estados).

Cámara de los Representantes: se compone de 356 miembros, elegidos cada dos años directamente por el pueblo de los Estados, según las leyes del lugar y con las limitaciones de la Constitución federal (3). Los representantes resultan en una proporción numérica de 1 por 170.000 habitantes. Cada Estado tiene uno como mínimum. Los territorios organizados (Estados *en formación*) mandan á esta Cámara un simple delegado sin voto.

Carácter de esta Cámara: electiva, popular, atendiéndose para su formación á la proporción numérica. Representa al pueblo (nación) de los Estados Unidos.

5. El poder legislativo se ejerce en Francia por dos Asambleas: la *Cámara de los Diputados* y el *Senado* (4).

El *Senado* se compone de 300 miembros, elegidos por los departamentos de Francia y Argelia y ciertas colonias (5). El número de senadores de cada departamento

(1) Constitución de los Estados Unidos, art. I, sec. 1.ª, 1.
(2) Idem, art. I, sec. 2.ª, 1.
(3) Idem, art. I, sec. 1, 1; sec. IV, 3. Enmienda XV, 1.
(4) Ley constitucional de 25 de Febrero de 1875, art. 1.º
(5) Ley orgánica de 9 de Diciembre de 1884, art. 1.º

Digitized by Google

varía desde uno, que tiene el territorio de Belfort, á 10, que corresponden al departamento del Sena. El colegio electoral de cada departamento lo constituyen los diputados del mismo, los consejeros generales, de *arrondissment* y delegados de los Consejos municipales, elegidos según el número de consejeros (de 1 á 30 delegados) (1). Dura el mandato nueve años, y el Senado se renueva por terceras partes cada tres (2).

Carácter de esta Cámara: electiva, democrática en sus orígenes indirectos; el sufragio universal es la base electoral de los que eligen senadores; representativa del elemento corporativo político, atendiendo al cuánto de la población.

La *Cámara de Diputados* consta de 584 miembros, elegidos por el pueblo directamente por cuatro años, en una proporción numérica de un diputado por cada 100.000 habitantes.

Carácter de esta Cámara: electiva, popular; representa á la nación francesa, considerada en la suma de sus individuos.

6. En Alemania las funciones legislativas se ejercen por el *Consejo Federal* (*Bundesrath*), y por el *Reichstag* (Parlamento).

El *Bundesrath* consta de representantes ó plenipotenciarios de los Estados que componen el Imperio (3). No hay un criterio determinado para atribuir los 58 votos de que consta el Consejo Federal. Prusia, la que más tiene,

(1) Ley orgánica de 9 de Diciembre de 1884, art. 6.°
(2) Idem, art. 7.°
(3) Constitución alemana, art. 6.°.

Digitized by Google

dispone de 17. Hay varios Estados con uno solo. Cada Estado puede enviar al *Bundesrath* un solo plenipotenciario, que dispone de todos los votos, ó varios, pero si son varios deben votar siempre conformes. Los miembros del *Bundesrath* son designados por sus Gobiernos y reciben instrucciones (1).

Carácter de esta Cámara: representa á los *Gobiernos de los Estados* del Imperio; no es electiva, es permanente.

El *Reichstag* está compuesto de 397 diputados, elegidos directamente por el pueblo (2), según una proporción de uno por 100.000 habitantes. Sin embargo, aquellos Estados del Imperio, que no alcanzan esta cifra de población, tienen derecho á un diputado. Los diputados del *Reichstag* se eligen por cinco años (3).

Carácter de esta Cámara: electiva, popular, representa la totalidad del pueblo alemán.

7. En España la función legislativa tiene como órgano corporativo las *Cortes*, compuestas por dos Cuerpos Colegisladores: el *Senado* y el *Congreso de los Diputados* (4).

El *Senado* consta de tres clases de senadores: 1.°, senadores por *derecho propio:* hijos del Rey y del heredero de la Corona; grandes de España, con 60.000 pesetas de renta anual; Capitanes generales y Almirante, Patriarca de las Indias y Arzobispos, Presidente del Consejo de Estado, del Tribunal Supremo, Tribunal de Cuentas, etc., después de dos años de ejercicio en el cargo; 2.°, senadores *vitalicios* ó

(1) Constitución alemana.
(2) Idem, art. 20.
(3) Idem, art. 20, modificado por la ley de 1888.
(4) Constitución española, art. 19.

Digitized by Google

de nombramiento real dentro de ciertas categorías; 3.°, senadores electivos: *a*) por los cabildos de cada arzobispado; *b*) por las Reales Academias; *c*) por las Universidades; *d*) por las Sociedades económicas de Amigos del País; *e*) por las Diputaciones provinciales y representantes de los Ayuntamientos y mayores contribuyentes. El número de senadores es de 360, 180 electivos. El Senado se elige por diez años y se renueva cada cinco por mitad (1).

Carácter de esta Cámara: vario; por una parte, representa elementos tradicionales, y entraña privilegios de clase y de posición; por otra, es electiva y tiende á representar los elementos corporativos políticos y especiales.

El *Congreso* consta de 433 diputados, elegidos por sufragio universal directo y secreto, en proporción de 1 por 50.000 habitantes, y por cinco años (2).

Carácter de esta Cámara: electiva, popular, representa la masa numérica de les españoles.

8. Haciendo ahora brevísima indicación comparativa, se advertirá: 1.°, una comunidad casi absoluta de criterio para constituir la Cámara *popular*. En las cinco naciones es electiva, y por sufragio universal (ó casi universal) de los varones, directo y secreto, y atendiendo á la población, si bien no de un modo matemático, por exigencias de adaptación territorial, y en Inglaterra á causa de la distinción entre el burgo y el condado. La proporción de los diputados con respecto á la población, varía desde un mínimum de aquéllos en los Estados Unidos (1 por 170.000), hasta un máximum en España (1 por 50.000). Varía también el

(1) Constitución española, tít. III. Ley electoral de senadores, cap. I.
(2) Idem, tít. IV. Ley electoral de 1890.

Digitized by Google

término de duración del mandato: desde siete años, Inglaterra; cinco, Alemania y España; cuatro, Francia, y dos, Estados Unidos. 2.º Una variedad completa de criterio en la formación de la otra Cámara. En primer término, hay Cámaras permanentes ó no electivas (Inglaterra, Alemania, y en parte España); pero por motivos distintos: unas como representación *aristocrática* é *histórica*, en oposición á la representación variable de la Cámara popular (Inglaterra, y en parte España), la otra (Alemania) como representación de los Gobiernos de los Estados. Hay luego Cámaras electivas (Estados Unidos, Francia, y en parte España é Inglaterra), pero teniendo la elección orígenes diferentes; democrática indirecta (Estados Unidos, Francia, y en parte España), y de corporaciones ó clases (España, y en parte Inglaterra: lores de Escocia y de Irlanda). Tomadas en conjunto estas Cámaras, diferéncianse en cuanto al significado total de su representación. Las de los Estados Unidos y Alemania significan ó representan el elemento corporativo federal: obedecen á un concepto orgánico del Estado. La inglesa representa el elemento tradicional: obedece al criterio histórico y de clases. La de Francia representa, de modo quizá imperfecto, el elemento corporativo; obedece al criterio de la doble discusión de las leyes y á un concepto mecánico del Estado. La de España tiende á responder á un criterio mixto. Donde estas Cámaras son electivas, la renovación difiere de la de la otra Cámara. Su término es más largo; la renovación es parcial.

9. Debemos ver ahora las condiciones respectivas de los miembros que constituyen una y otra Cámara en los diferentes países. El cargo de miembro de cualquiera de las Cámaras en los cinco países, tiene un carácter idéntico, ex-

Digitized by Google

cepto el de miembro del Consejo Federal alemán. Todos son *representantes*, es decir, obran por representación y no sometidos á instrucciones de sus comitentes (mandato imperativo), excepto los miembros del citado *Bundesrath*. Varían las legislaciones en cuanto á la consideración especial *económica* del cargo; por razones históricas, más ó menos atendibles, el cargo de representante del Estado se conceptúa en algunos pueblos como cargo *gratuito* (Inglaterra, Alemania (1) y España), mientras en otros se le retribuye en forma de *dietas* ó *indemnizaciones* (2), respondiendo así al principio según el cual todo servicio debe ser retribuído (3).

10. Como se trata del desempeño de *funciones políticas*, que implican cierta situación especial de aptitud para ser desempeñadas, las legislaciones determinan las condiciones de *elegibilidad*, que, en general, varían, según se trate de una Cámara ó de otra, en el sentido de ser menos restrictivas para la Cámara popular. Repecto de ésta, las exigencias generales son: 1.ª, la ciudadanía (4); 2.ª, el sexo varón; 3.ª, cierta edad: Inglaterra, veintiún años; Estados Unidos, veinticinco; Francia, veinticinco; Alemania, vein-

---

(1) Gozan de franquicia en los ferrocarriles.

(2) Constitución de los Estados Unidos, art. I, sec. 6.ª, 1. Ley de 20 de Enero de 1874. Ley francesa de 30 de Noviembre de 1875, art. 17, y de 2 de Agosto de 1875, art. 26.

(3) Es ésta una reforma que en España se impone para mejorar la situación política, así como se impone la de disminuir el número de diputados y senadores. En Inglaterra se agita ya la primera de las reformas.

(4) Constitución de los Estados Unidos, art. I, sec. 1.ª, 2. Ley francesa de 1875. Constitución española, art. 29. Inglaterra, *Act. of Settlement.*

Digitized by Google

ticinco; España, veinticinco (1). Hay luego exigencias particulares, en cuanto á residencia, en los Estados Unidos y en Alemania, y á la incapacidad (cosa injustificable) de los clérigos en España (2). Respecto de la otra Cámara, las exigencias son más varias en los cinco Estados. En los cinco Estados para pertenecer á las Cámaras *Altas* ó *Senados* se exige el sexo varón en todas; en los Estados Unidos, la edad de treinta años, ciudadanía de nueve años de fecha, y residencia, cuando la elección, en el Estado respectivo (3). En Francia, cuarenta años de edad (4); en España, treinta y cinco años de edad y pertenecer á determinadas categorías por razón de clase, renta ó cargo público, etc. (5). En estos dos últimos Estados, la ciudadanía también. Como exigencia general para los miembros de ambas Cámaras, estar en el pleno uso de los derechos civiles y políticos.

11. La diferencia mayor que se observa entre las cinco Constituciones es la relativa á incapacidades é incompatibilidades, que provienen muchas de ellas de circunstancias históricas y de criterio político.

En general, es incapaz de ser elegido miembro de la Cámara el indigno, por no estar en el pleno uso de sus derechos civiles y políticos.

En Inglaterra, nos encontramos con la declaración del *Act. of Setlement*, en virtud de la que es incompatible el cargo de miembro de los Comunes con cualquier cargo

(1) Constitución de los Estados Unidos, art. I, sec. 1.ª, 2. Ley francesa citada, art. 6.º Constitución española, art. 29.

(2) Constitución, art. 29.

(3) Constitución de los Estados Unidos, art. I, sec. 2.ª, 3.

(4) Ley francesa de 1884, art. 4.º

(5) Constitución española, tít. III.

Digitized by Google

retribuído por la Corona (1). Búscase la independencia del representante, y en este espíritu se inspiran las otras legislaciones. Pero conviene advertir que este principio general inglés fué modificado allí en su aplicación posteriormente mediante una ley, en virtud de la que el miembro de la Cámara de los Comunes que recibe un empleo se debe someter á reelección; ley que permitió la formación de Gabinete (2). Aplicóse el principio que entraña esa incompatibilidad radicalmente en los Estados Unidos, hasta el punto de que los Ministros no pueden asistir á las deliberaciones de las Cámaras, ni ser, por tanto, miembros de ellas (3). En Francia existe hoy igualdad de incompatibilidades para el Senado y la Cámara de Diputados en cuanto á los cargos civiles. Establécese incompatibilidad rigurosa entre el cargo de representante diputado y las funciones militares (ejército y marina) en activo servicio y dentro de ciertas condiciones, fijando algunas excepciones, respecto de los senadores. Establécese, además, la incompatibilidad de dichos cargos y el ejercicio de funciones públicas retribuídas por el Estado, si bien fijando ciertas excepciones, entre las cuales están los ministros, subsecretarios, embajadores, etc. Los ministros y subsecretarios nombrados siendo diputados no están sometidos á reelección. Hay, por fin, la incompatibilidad circunstancial de los pretendientes al Trono (4). En Alemania se exige la reelección

(1) Art. 2.º

(2) 6. Ana, c. 7. Véase Todd, obra citada, vol. I, 107; Dupriez, obra citada, vol. I, pág. 25, etc.

(3) Constitución, art. I, sec. 6.ª, 2.

(4) Ley orgánica de 1875 (Noviembre), artículos 7.º al 12. Ley de 1884 (Senado), art. 5.º Ley de 1887.

Digitized by Google

en el *Reichstag* cuando un miembro acepta un empleo retribuído por el Imperio ó por los Estados (1). En España establécense incompatibilidades distintas para los diputados (2) y senadores siendo las de éstos más radicales (en la apariencia) que las de aquéllos (3). Los ministros de la Corona pueden, sin ser miembros de cualquiera de las Cámaras, hablar en ambas, votando en aquélla á que pertenecen. Además de estas incompatibilidades generales, las leyes suelen atender á incompatibilidades especiales, limitadas á determinado territorio y con relación á ciertas funciones ó por cierto tiempo (4).

12. Para dar á los miembros de la Cámara *independencia política*, y especialmente en lo antiguo á las Cámaras populares (Inglaterra, y hay de ello precedentes en España) (5), se revestía el cargo de representante y su desempeño de ciertas garantías, frente á los atropellos posibles de la Corona. Tales garantías son las conocidas como *inmunidades* parlamentarias. Abarcan éstas dos extremos: 1.º, la inviolabilidad de las opiniones y votos del representante, en virtud de la que, por la emisión de ambos, no puede ser perseguido judicialmente, y 2.º, la inmunidad personal ó privilegio, en razón del que los miembros de las Cámaras no pueden ser perseguidos por causa de delito, sino en

(1) Constitución, art. 21.
(2) Constitución, art. 31.
(3) Idem, art, 25.
(4) Véase, por ejemplo, nuestra Ley electoral.
(5) He tratado este asunto muy detenidamente en los *Estudios sobre el régimen parlamentario en España*, art. V. Véase Martínez Marina, *Teoría de las Cortes*, vol. I; véanse Leyes 2.ª y 4.ª del tít. XVI, partida II; Colmeiro, *Cortes de León y de Castilla*, vol. I.

Digitized by Google

ciertas condiciones ó con previo acuerdo de la Cámara respectiva. La inviolabilidad se explica muy bien. Es condición para que el representante pueda obrar como tal. No así la segunda, la inmunidad, que pudo ser necesaria en otros tiempos, pero que hoy da lugar en España, por ejemplo, á incalificables abusos (1).

En las legislaciones positivas de los cinco Estados se reconocen la inviolabilidad y la inmunidad personal con más ó menos amplitud, y en la práctica con mayor ó menor alcance. En Inglaterra, país de origen del privilegio (2), ni el privilegio de inviolabilidad ni el de inmunidad están regulados expresamente. Se han interpretado y se aplican según las circunstancias del caso y en atención á los precedentes. En los Estados Unidos se afirman ambas inmunidades (3); lo mismo pasa en Francia (4), en Alemania (5) y en España (6).

13. En casi todas las Cámaras existe, como condición previa para que los miembros ingresen, cierta ceremonia, que de antiguo era el juramento de carácter religioso, y que, merced al influjo de lo que tal fórmula significa, se conserva aún con el mismo carácter ó con el de mera promesa política. En su virtud, el representante, para tomar posesión de su cargo, tiene que prestar juramento ó prome-

---

(1) Véase Franqueville, *Le gouvernement et le Parlament britanique*, volumen III; Palma, obra citada, t. II; Casanova, *Diritto costituzional*, lección XXX; Silvela, *Inmunidad parlamentaria*, etc.

(2) Erskine May, *Law of Parliament*, cap. VI.

(3) Constitución, art. I, sec. 6.ª, 1.

(4) Ley de 1875 (Julio), artículos 13 y 14.

(5) Constitución, artículos 30 y 31.

(6) Constitución, artículos 46 y 47.

Digitized by Google

ter fidelidad, y respeto á las leyes, á la Constitución, etc., según las fórmulas. En Inglaterra existe el juramento para los Lores y Comunes (1). Existe también en los Estados Unidos con el carácter de juramento ó de simple afirmación (2). En España hay también este requisito, con el doble carácter de juramento ó promesa (3).

14. Examinando comparativamente la extensión de las facultades de las Cámaras en los cinco Estados, se advierte cierta diversidad proviniente: 1.°, del carácter federal ó unitario del Estado; 2.°, del criterio reinante acerca de la soberanía; 3.°, del concepto á que responde la Constitución.

En general, las Asambleas, como Asambleas legislativas, tienen una función, la que su nombre indica, pero determinada prácticamente por una porción de circunstancias dependientes de los motivos mismos que dejo indicados.

Atendiendo al carácter federal ó unitario, las Asambleas se distinguen, en cuanto á la extensión de sus facultades legislativas, porque en los Estados federales ésta se halla determinada en razón de los objetos á que la acción legislativa federal debe extenderse. Así ocurre en los Estados Unidos (4), así ocurre también en Alemania (5). En cambio, en los Estados unitarios, como las corporaciones poli-

---

(1) Véase Erskine May, obra citada, y Reynaert, *Histoire de la discipline parlamentaire*, t. II. Franqueville, obra citada, t. III.

(2) Constitución, art. VI, 3. Ley de 1887.

(3) Reglamento del Senado, art. 30; Reglamento del Congreso, artículos 40, 41 y 42.

(4) Constitución, art. I, sec. 8.ª

(5) Constitución, II.

Digitized by Google

ticas subordinadas no son verdaderos Estados, las Asambleas no tienen limitada constitucionalmente su capacidad legislativa.

Atendiendo al criterio reinante respecto de la soberanía política, la diferencia más capital es la que nace de la competencia ó incompetencia de las Asambleas para reformar como tales y ordinariamente la Constitución. No necesito insistir sobre esto, porque á ello se dedica un capítulo en el libro I (1).

Atendiendo al concepto á que en conjunto responde la Constitución, las Asambleas son, ó meramente legislativas ó parlamentarias también. Pero de esto ya hablaremos. Además, las Asambleas, ó tienen exclusivamente el poder legislativo ó comparten este poder con otros órganos, aunque de manera distinta. Pero también de esto hablaremos más adelante.

15. Consideradas comparativamente las respectivas facultades legislativas de las dos Asambleas en las cinco naciones, se ve que el criterio dominante es el de que en este punto las tengan iguales, salvo en materia de legislación sobre Hacienda, por cuanto se reconoce cierta supremacía en las Cámaras populares. En Inglaterra se reconoce de antiguo el privilegio de iniciativa en los Comunes (2). En los Estados Unidos se consagra esta iniciativa en la Cámara de Representantes (3). En Francia se da la preferencia en la presentación de las leyes de Hacienda la Cámara de

(1) Cap. V.
(2) Ersckine May, obra citada, capítulos II y XXI.
(3) Constitución, art. I, sec. 6.ª, 1.

Digitized by Google

Diputados (1) é igual preferencia se concede al Congreso en España (2).

16. Fuera de las facultades legislativas, la diferencia de atribuciones es mayor. Puede conceptuarse como bastante general, la de que en el procedimiento adoptado para exigir la responsabilidad á los Ministros, al Presidente de la República (Estados Unidos y Francia) y á otros funcionarios, la Cámara popular tiene el derecho de acusar, y la otra Cámara obra como alto tribunal de Justicia (3). Además en los Estados Unidos tienen las dos Cámaras participación distinta en ciertos detalles de la elección presidencial, y el Senado interviene en muchas de las atribuciones propias del Presidente de la República, tal como conclusión de Tratados, nombramiento de jueces del Tribunal Supremo, embajadores, ministros, cónsules y otros altos funcionarios (4). Por fin, en Alemania, el *Bundesrath* ejerce ciertas funciones judiciales, é interviene de modo especial en la preparación de las leyes federales, en el gobierno y cuidado y reforma de la Constitución (5). Además disuelve el Reichstag con la aprobación del Emperador (6). Por su parte, el Senado, en Francia debe ser consultado por el Presidente de la República para disolver la Cámara de Diputados (7).

(1) Ley constitucional de 24 de Febrero de 1875, art. 8.º

(2) Constitución, art. 42.

(3) Inglaterra, E. May, obra citada; Todd, obra citada; Estados Unidos, Constitución (llámase á la acusación por la Cámara y juicio por el Senado *impeachment*), art. 1, sec. 2.ª, 5 y sec. 8.ª, 6; Francia, Ley constitucional de 16 de Julio de 1875, art. 12; España, Constitución, art. 45, 3, y Ley de 11 de Mayo de 1849.

(4) Constitución, art. 2.º II, sec. 2.ª, 2.

(5) Constitución, arts. 7.º y 8.º y 78.

(6) Idem, art. 24.

(7) Ley Constitucional de 25 de Febrero de 1875, art. 5.º

Digitized by Google

17. Expuesta la condición de los miembros de las Asambleas, y expuestas sus facultades y la extensión de las mismas en la legislación, debe verse ahora cómo funcionan para hacer las leyes. Entraña esto dos cuestiones: 1.°, cómo se constituyen las Asambleas para funcionar, y 2.°, qué procedimiento siguen para legislar.

Las Asambleas se constituyen de diverso modo, según la ley fundamental de su existencia. Las Asambleas permanentes, no electivas (Cámara de los Lores, casi en su totalidad, en cierto modo el *Bundesrath*, y gran parte, la mitad del Senado español), se constituyen por ministerio de la Constitución del Estado. Las Asambleas que tienen un origen electoral, se constituyen, á partir de la convocatoria que por lo común hace el Poder ejecutivo en función de Jefe del Estado mediante las elecciones, y, generalmente, mediante reunión de los que se presumen representantes en juntas de representantes electos. Las Constituciones suelen reconocer en las Asambleas la facultad de decidir acerca de las condiciones de sus miembros y de la legalidad de las elecciones (1), siguiéndose para este último caso procedimientos diferentes, según las circunstancias de cada elección particular. La constitución de las Asambleas, mediante el reconocimiento implícito ó explícito de la capacidad de sus miembros, implica ciertas operaciones exigidas por su naturaleza misma, tal como el nombramiento de sus *Mesas* (Presidentes, Vicepresidentes, etc.), y la adopción de un

(1) Inglaterra, E. May, obra citada, cap. II; Estados Unidos, Constitución, art. I, sec. 5.ª, 1; Francia, Ley de 16 de Julio de 1875, art. 10. Alemania, Constitución, art. 27. España, Constitución, art. 34. Ley electoral de 1890, art. 77 y siguientes.

Digitized by Google

reglamento para sus deliberaciones. Es principio general que las Asambleas tengan la facultad de formar su reglamento interior (1); pero no reina una unanimidad legislativa tan grande cuando se trata de la designación de Presidentes. Respecto de las Cámaras populares, es principio admitido que elijan ellas de su seno la *Mesa* que haya de dirigir sus deliberaciones y ejercer la autoridad ejecutiva en las mismas (2), con la exigencia puramente formal en Inglaterra de que el Presidente (*Speaker*) sea aprobado por la Corona (3). En cuanto á la otra Cámara, en Inglaterra la preside el Lord Canciller de Justicia (4); en los Estados Unidos es Presidente del Senado sin voto, salvo los casos de empate, el elegido Vicepresidente de la República; en su ausencia ó impedimento, el Senado elige un Presidente temporal (5). En Francia el Senado elige su *Mesa* (6). En Alemania el *Bundesrath* es presidido por el *Canciller del Imperio* con voto decisivo (7). En España, el Rey nombra para cada legislatura, de entre los mismos senadores, el Presidente y Vicepresidentes del Senado, y éste elige los Secretarios (8).

18. Pasemos á la manera de funcionar para legislar las

---

(1) Véase E. May, obra citada; Estados Unidos, Constitución, art. 1, sec. 5.ª, 2. Alemania; Constitución, art. 27. España, Constitución, art. 34.

(2) Estados Unidos, art. 1, sec. 2.ª, 5; Francia, Ley constitucional de 16 de Julio de 1875, art. 11. Alemania, Constitución, art. 27. España, Constitución, art. 35.

(3) E. May, obra citada.

(4) Idem.

(5) Constitución, art. 1, sec. 3ª, 4.ª y 5.ª

(6) Ley constitucional de 16 de Julio de 1875, art. 11.

(7) Constitución, art. 15.

(8) Idem, art. 36.

Digitized by Google

Asambleas. Funcionan éstas en los cinco Estados durante todo el mandato legislativo (Estados Unidos), ó bien durante todo el mandato hasta que sean disueltas (las electivas) por el Jefe del Estado (Inglaterra y España), con la anuencia del Senado (Francia), ó por el *Bundesrath*, con la anuencia del Emperador (Alemania), por períodos fijos, mínimum al año, ó no fijos y variables, constituyendo lo que en España llamamos legislaturas.

Es regla general de las Asambleas deliberar separadas, salvo cuando se constituyen en Asambleas nacionales, en Francia, para reformar la Constitución ó elegir Presidente de la República, ó bien para los casos previstos en las leyes, como en España, según puede verse en la ley de relaciones entre los Cuerpos Colegisladores. En Inglaterra y en España abre el Rey por sí ó por medio de sus Ministros las Cámaras leyendo un Mensaje, al que las Cámaras contestan.

En el supuesto de que las Cámaras se hallan reunidas, el primer principio generalmente aceptado es el de que tienen éstas la *iniciativa* de las leyes. En Inglaterra, la iniciativa es absoluta en los Lores, mientras en los Comunes la propuesta de un miembro ha de ser secundada por otro (1). Lo que más cambia, en punto á la iniciativa, es la participación, que en su ejercicio tiene el jefe del Estado, y la forma como éste la ejerce. Pero de esto se tratará luego.

19. El procedimiento de hacer las leyes en las Asambleas varía bastante: varía á veces (España, por ejemplo) según de donde procede la ley propuesta (del Rey, por sus ministros, proyecto de ley, ó de los diputados, proposición de ley, cuya lectura ha de ser autorizada por las secciones);

(1) Véase Ersckine May, obra citada, cap.

Digitized by Google

pero cambia, sobre todo, en punto á los trámites á que la ley iniciada se somete, y las formas que para discutitirla y votarla se adoptan. En las cinco naciones pueden distinguirse, en punto á los trámites propiamente reglamentarios de legislación, dos procedimientos principales: el de las *tres lecturas* (Inglaterra, Estados Unidos y Alemania), con variantes en la práctica, y el de los *bureaux*, ó de las *secciones* (Francia y España). En Inglaterra, el método creado para la discusión de las leyes es muy complicado. En primer lugar, se distinguen, según se trate de *bills* públicos ó privados. Los primeros exigen mayores solemnidades y trámites. El *bill*, una vez iniciado, se somete á tres lecturas distintas con tres discusiones posibles y tres votaciones; entre la segunda y tercera lectura es cuando, reunida la Cámara en comité general, procede al examen de los artículos. La primera lectura significa que la Cámara acepta la idea; la segunda entraña el trabajo de elaboración y discusión, y la tercera supone la aprobación (1).

En los Estados Unidos se sigue el procedimiento también de las tres lecturas. Para el examen de los *bills* divídese cada Asamblea en comités permanentes (*standing committees*), los cuales se renuevan cada dos años, elegidos los del Senado por la misma Asamblea, que nombra también su presidente respectivo. En la Cámara los designa el *Speaker*. Estos comités son los verdaderos dueños de los resortes legislativos de la Unión, y donde se fraguan todas las componendas á que se presta, bajo otras formas, el régimen parlamentario (2). Los comités se distribuyen los asuntos

(1) Véase Brunialti, *La legge nello Stato Moderno.*
(2) Véase Laveleye, obra citada, t. II, pág. 125 y siguientes.

Digitized by Google

legislables, y ellos son los que dirigen la marcha de la legislación toda. *Bill* que no tenga el apoyo del comité correspondiente, es *bill* muerto. Prodúcense los *bills* en primera lectura. Después de la segunda y ya discutido, pasa el *bill* al comité que lo examina, designando un ponente, el cual á su tiempo da cuenta en tercera lectura á la Asamblea (1).

En Alemania se sigue el mismo procedimiento de las tres lecturas en el *Riechstag*, que puede, después de la primera, decidir si un proyecto debe ser estudiado por una comisión especial ó por la Cámara misma en pleno (2).

Síguese en Francia el procedimiento distinto de los *bureaux*. Para la preparación de los proyectos de ley cada Asamblea se divide por sorteo en *bureaux* ó secciones (9 el Senado y 11 la Cámara). Los *bureaux* examinan por separado los proyectos de ley, y nombran cada uno un miembro para constituir la comisión que da cuenta del proyecto á la Asamblea. Proceden entonces á la discusión general y especial con cinco días de intervalo, siendo luego el voto (3).

En España se sigue un procedimiento análogo al de Francia, por medio de las secciones (4).

20. Deben fijarse, por fin, como parte de la intervención de las Asambleas en la función legislativa, las votaciones. Toda ley que en la Cámara prospera requiere la votación definitiva en una ó en otra forma, como sanción especial ó manifestación de la conformidad de dicha Cámara con la

---

(1) Laveleye, obra citada; Brunialti, obra citada, párrafo 62; Cooley, *Treatisse on the constitutional limitations*, 141.

(2) Brunialti, obra citada, párrafo 64.

(3) Pierre, obra citada, lib. VI; Brunialti, obra citada, párrafo 6 .

(4) Reglamentos de las Cámaras.

Digitized by Google

ley (1). A más de la votación, debe tenerse en cuenta en la Cámara lo que se llama *quorum*, es decir, el número de miembros de cada Asamblea necesario para que sean válidos los votos y deliberaciones, y que varía bastante. En efecto; en Inglaterra, en la Cámara de los Comunes, bastan cuarenta miembros presentes para deliberar, y *tres* en la de los Lores (2). En los Estados Unidos, según la Constitución, «la mayoría de cada Cámara forma el *quorum* necesario para la validez de las leyes» (3). En Francia, en el Senado, se exige la presencia de la mayoría absoluta, y lo mismo en la otra Cámara (4). En Alemania se requiere la presencia de la mayoría (5). En España, el *quorum*, para la aprobación definitiva de las leyes, exige la presencia de la mitad más uno de los miembros de cada una de las dos Asambleas (6).

21. Por último, las leyes requieren la aprobación conforme de las dos Asambleas que forman este órgano de la función legislativa, resolviéndose de distinta manera el conflicto de la falta de acuerdo entre las Cámaras: bien quedando la ley en proyecto, si el desacuerdo es completo, bien procurando una conformidad, á veces por medio de comisiones mixtas.

---

(1) Véase E. May, obra citada; Pierre, obra citada; Reynaert, obra citada.

(2) E. May, obra citada.

(3) E. May, obra citada.

(4) Constitución, art. 1, sec. 5, 1.

(5) Art. 28 de la Constitución, modificado por ley de 24 de Febrero de 1873.

(6) Art. 58, párrafo 1.º del Reglamento del Senado; art. 99, párrafo 1.º del Reglamento del Congreso.

Digitized by Google

CAPITULO III.

PARTICIPACIÓN DE OTROS ÓRGANOS DEL PODER DEL ESTADO EN LA FUNCIÓN LEGISLATIVA.

1. Queda dicho que las Asambleas representativas son las que en el Estado moderno ejercen la función legislativa; pero no de un modo exclusivo, sino de un modo predominante. Puede afirmarse que en los cinco Estados de que aquí se habla, las Asambleas son las que elaboran *públicamente* las leyes, pues sus sesiones para este fin son *de hecho* públicas, á pesar de la singular prohibición que en este punto existe en Inglaterra (1). Ya se ha visto cómo se verifica esto, y en la vida real puede observarse de qué modo se manifiesta la función *parlamentaria-jurídica*, en las operaciones que supone el procedimiento aplicado por las Asambleas. La *ley*, en el Estado moderno, se hace á la vista de todos y en condiciones adecuadas de publicidad, para que en el país donde la cultura lo permita, sea elaborada bajo el influjo constante de la opinión.

2. En unos Estados (Inglaterra, Alemania y España),

(1) Las sesiones de las Cámaras inglesas son públicas por tolerancia y costumbre. Legalmente son secretas.

Digitized by Google

merced á influjos tradicionales directos, provinientes de la manera como el poder monárquico se ha transformado en poder constitucional, y merced á necesidades de equilibrio político, y en otros (Estados Unidos y Francia), merced á sugestión indirecta de la tradición monárquica y á razones también de equilibrio político, participan de diversa manera, pero en todos de alguna, otros órganos del poder del Estado, en la función legislativa. Los órganos del poder que tienen esta participación, son los que se atribuyen el ejercicio preponderante del poder ejecutivo, y ostentan la representación que supone el carácter y función de Jefe del Estado.

3. Cabe distinguir en este punto lo que pudiéramos llamar la participación *indirecta* de la *directa*. Aquélla no es propiamente el desempeño de la función legislativa en sí misma, si bien debe considerarse como condición necesaria para la legislación, dada la estructura total del sistema político. Me refiero á la facultad que suele reconocerse, con más ó menos amplitud, según lo acentuado de las tendencias que pueden estimarse como *democráticas*, en el Gobierno y en el Estado, al Jefe de éste, en la vida propia de las Asambleas, para determinar sus cambios, sus reuniones, sus vacaciones, etc., etc. Trátase, en efecto, aquí, de una función que reviste un carácter político, que más que á la producción de la ley, se refiere á la marcha y desenvolvimiento del Gobierno en el Estado. Por esto, la significación propia y el alcance de estas funciones habrá de calcularse más oportunamente luego.

4. Ahora debe advertirse que en los cinco Estados se pueden distinguir *tres* criterios diferentes, que entrañan otras tantas ideas de la posición política eminente del Jefe

Digitized by Google

del Estado, en cuanto se le considera desde el punto de vista de su importancia política personal, y en cierto modo aparatosa y majestática. Estos tres criterios los representan: el más acentuado en pro del poder del Jefe del Estado, Inglaterra, Alemania y España; puede conceptuarse como intermedio Francia, y el menos acentuado el de los Estados Unidos.

Inglaterra responde al influjo perfectamente histórico. El Rey era el que llamaba en lo antiguo á los representantes de la nación, especialmente para pedir subsidios y obtener la aprobación de tales ó cuales leyes. Uno de los motivos de la larga lucha política que llena tantas páginas de la historia de este pueblo, consiste, como es sabido, en el uso ó abuso que los Reyes hacían de esa prerrogativa de reunir el Parlamento. El *Bill de derechos* decidió que debían reunirse con frecuencia Parlamentos, y una ley posterior exigió que las Cámaras se reunirían á lo menos cada tres años. Lo que realmente impone al Rey la obligación de la reunión anual, es la necesidad del voto del presupuesto. La Corona tiene además como prerrogativa, que ejerce dentro de las condiciones del régimen parlamentario, la de disolver la Cámara de los Comunes (1).

5. En *Alemania* el Emperador convoca, abre, suspende y cierra el Consejo Federal y el *Reichstag* (2), pero deben ser convocados todos los años (3); el Consejo Federal debe ser reunido cuando lo pidan una tercera parte de sus votos (4);

(1) Todd, obra citada, cap. IX, 3; Laveleye, obra citada, cap. II, página 23; Franqueville, obra citada, t. III.
(2) Constitución, art. 12.
(3) Idem, art. 13.
(4) Idem, art. 14.

Digitized by Google

el *Reichstag* no puede ser suspendido sin su consentimiento, por más de treinta días, ni dos veces en el curso de una misma legislatura (*Session*) (1); su disolución, antes de la expiración del mandato, ha de ser decidida por el Consejo Federal con aprobación del Emperador (2), y en caso de disolución deben las elecciones verificarse sesenta días después y reunirse á los noventa de disuelto (3).

6. En *España* las Cortes se reunen anualmente; el Rey las convoca, suspende y cierra sus sesiones, y disuelve simultánea ó separadamente el Congreso y la parte electiva del Senado, debiendo en tal caso convocar el Cuerpo ó Cuerpos disueltos dentro de tres meses (4). El Rey abre y cierra las Cortes en persona ó por medio de sus Ministros (5). Las Cortes deben ser convocadas luego que vacare la Corona ó cuando el Rey se imposibilitase de cualquier modo para el Gobierno (6).

7. En *Francia*, las facultades del Presidente de la República son más limitadas en estos puntos que examinamos que las de los Reyes constitucionales. En primer término, el Senado y la Cámara de los Diputados se reunen (por ministerio de la ley) el segundo martes del mes de Enero de cada año, á no ser que el Presidente de la República las hubiese convocado antes, y deben estar reunidas *en sesión* (legislatura) cinco meses á lo menos durante el año (7). El Pre-

(1) Constitución, art. 26.
(2) Idem, art. 24.
(3) Idem, art. 25.
(4) Idem, art. 32.
(5) Idem, art. 37.
(6) Idem, art. 32.
(7) Ley constitucional de 16 de Julio de 1875, art. 3.

Digitized by Google

sidente de la República debe convocarlas, si se lo piden, en el intervalo de las legislaturas, las mayorías absolutas de los miembros que componen cada Cámara (1). Un mes antes del término legal de los poderes del Presidente de la República, las Cámaras deberán ser reunidas en Asamblea para proceder á la elección del nuevo Presidente. A falta de convocatoria, se reunen de pleno derecho quince días antes de expirar sus poderes (2). El Presidente cierra la legislatura. Tiene derecho de convocar las Cámaras extraordinariamente. Puede suspenderlas, pero la suspensión no puede exceder de un mes, ni verificarse dos veces en la misma legislatura (3). El Presidente puede disolver, con la venia del Senado, la Cámara de Diputados (4), pero con la obligación de convocar elecciones en el término de dos meses (5).

8. En los *Estados Unidos* la Constitución limita de un modo completo casi la acción del Presidente de la República en esta operación de la vida de las Asambleas. El Congreso se reunirá una vez cada año; esta reunión se verificará el primer lunes de Diciembre, á menos que por una ley el Congreso no fije otro día (6). El Presidente podrá convocar las dos Cámaras ó una de ellas, en casos extraordinarios, y cuando hubiera desacuerdo entre ambas respecto de la época que deban suspenderse sus sesiones, podrá fijar él mismo la que le parezca mejor (7).

(1) Ley constitucional de 16 de Julio de 1875, art. 2.°
(2) Idem, art. 3.°
(3) Idem, art. 2.°
(4) Ley constitucional de 25 de Febrero, art. 5.°
(5) Idem íd. de 13 y 14 de Agosto de 1884, art. 1.°
(6) Constitución, art. 1, sec 4.ª, 2.
(7) Idem, art. 2.°, sec. 3.ª, 1.

Digitized by Google

9. Conviene tener en cuenta que esta manera de intervenir el Jefe del Estado en la vida de las Asambleas, puede variar cuando se trata de la reforma de la Constitución. El cambio más patente es en los Estados Unidos y en Francia, según hemos visto ya.

10. La participación *directa* en la función legislativa del Jefe del Estado y del poder ejecutivo consiste: 1.°, en ciertas facultades que aquél tiene, tales como iniciativa, veto y sanción (1) y promulgación; 2.°, en la intervención que en las tareas de las Asambleas puedan tener los Ministros como representantes del Jefe del Estado.

11. En cuanto á la primera forma de participación directa, es bastante general; pero cambia en sus términos, en el mismo ó análogo sentido político que la participación indirecta.

En Inglaterra, «el Soberano es el único que puede presentar los proyectos de ley relativos á la prerrogativa» (2). En rigor, tiene la iniciativa ejercida y casi acaparada dentro del Parlamento por los ministros responsables. El veto, es decir, la prerrogativa real, por virtud de la cual la Corona puede negar su sanción á una ley votada en las Cámaras, lo tiene teóricamente el Monarca, y con el carácter de absoluto y definitivo; pero es de las prerrogativas caídas en desuso. No ha sido ejercida desde 1707; de suerte que la *sanción* es hoy una pura formalidad preparatoria de la promulgación (3).

---

(1) Véase *The veto power*, por Campwell Mason, 1891.

(2) Véase Dupriez, obra citada, t. I, pág. 99.

(3) Idem íd., t. I, pág. 106; véase Bagehot, *Constitución inglesa*; Todd, obra citada.

Digitized by Google

Aseméjase en un todo á la Constitución inglesa, en esta prerrogativa del Poder real, la Constitución española, que ha seguido las fórmulas del derecho constitucional escrito, al traducir de modo expreso las disposiciones consuetudinarias del derecho inglés. El Rey en España tiene la iniciativa de las leyes (1), que ejerce por medio de sus ministros; además, *sanciona* (veto absoluto) y promulga las leyes (2).

12. La participación del Emperador de Alemania en la función legislativa diferénciase aparentemente, en lo relativo á la iniciativa y á la sanción, de los dos países citados. Los proyectos que deben ser enviados al *Reichstag*, en virtud de acuerdo del Consejo Federal, le son transmitidos á nombre del Emperador (3). Parece, pues, que éste no tiene la iniciativa de las leyes. En cuanto á la participación del Emperador en la aprobación de las leyes, dice la Constitución que, en caso de disentimiento en el Consejo Federal, respecto de proyectos de ley sobre el ejército y la marina, ó ciertos impuestos, el voto del Presidente (el Emperador) prevalece, si se decide por el mantenimiento de lo existente, y además, que para la validez de toda ley del Imperio el acuerdo de las mayorías de una y otra Asamblea es *necesario* y *suficiente* (4). El *veto* no parece ahí de ninguna manera; pero comprendiendo el mecanismo, se ve que éste, como la *iniciativa*, los goza el Emperador de un modo completo. Goza de ésta porque, como Rey de Prusia, tiene

(1) Constitución, art. 41.
(2) Idem, art. 51.
(3) Idem, art. 16.
(4) Idem, art. 5.º

Digitized by Google

representantes en el *Bundesrath*, que gozan de tal prerrogativa; tiene el veto, porque, aparte de su dominio en el Consejo Federal, con los votos de Prusia tiene suficiente para mantener el *statu quo* constitucional (1). Esto, aparte del *veto* que en todo caso podría ejercer, negándose á promulgar la ley, por entender que hubiera habido irregularidad en su elaboración (2). Por su parte, el art. 17 de la Constitución del Imperio dice, que «el Emperador promulga y publica las leyes».

13. Las leyes constitucionales francesas y la Constitución norteamericana, reconocen, al igual que las leyes de los Estados monárquicos, las mismas formas de participación *directa* en la función legislativa que examino, en el Jefe del Estado, si bien con un alcance, alguna de ellas, el *veto*, muy distinto. La iniciativa de las leyes del Presidente de la República está consignada en la Ley francesa (3) de modo expreso, y la ejerce al modo de un monarca constitucional. Esa iniciativa, ejercida de otra manera por medio de mensajes, la consigna también la Constitución de los Estados Unidos en favor del Presidente (4). En cuanto al *veto*, en Francia, como en los Estados Unidos, tiene un carácter suspensivo muy determinado. En Francia, al consignar la facultad del Presidente de la República de promulgar las leyes, se dice que debe hacerlo ordinariamente dentro del mes que sigue á la transmisión al Gobierno de la ley votada, y dentro del término de tres días, si la ley

(1) Véase lo que dice Lebón, obra citada, páginas 155 y 161.

(2) El comentarista de la Constitución de 1871, Laband, sostiene la posibilidad de un *veto* absoluto del Emperador.

(3) Ley constitucional de 25 de Febrero de 1875, art. 3.°

(4) Constitución, art 2.°, sec. 3 ª, 1.ª

Digitized by Google

hubiera sido declarada urgente en las dos Cámaras; pero teniendo en cuenta que, durante el tiempo señalado para la promulgación, el Presidente puede pedir por un mensaje motivado á las dos Cámaras una nueva deliberación, que éstas no podrán negarle (1). La Constitución norteamericana dispone que todo *bill* (como toda orden ó resolución que exija el concurso de ambas Cámaras, excepto las cuestiones de suspensión) deberá, para ser ley, presentarse al Presidente de los Estados Unidos; en el caso de que no lo apruebe, lo devolverá, con sus objeciones, á la Cámara donde hubiera sido iniciado; la cual procederá á nuevo examen, y si después de él lo votan las dos terceras partes de los miembros, se enviará á la otra Cámara, que también lo examinará segunda vez, donde si lo aprueban de nuevo los dos tercios de la misma, el *bill* se convierte en ley. En el caso en que el *bill* primeramente sometido al Presidente no fuera devuelto por éste en los diez días siguientes (excepto los domingos), el *bill* se considera ley como si lo hubiera firmado (2).

14. Conviene advertir, que de todas las prerrogativas que acabamos de examinar, como propias de los jefes del Estado, la del *veto*, donde más importancia práctica tiene, es en los Estados Unidos. En los otros Estados (excepto Alemania, donde ya hemos visto cómo debe entenderse el *veto*), la forma parlamentaria del Gobierno, que luego caracterizaremos, hacen del *veto* cosa inútil. En los Estados Unidos, en virtud de la separación casi completa de las funciones de las Asambleas y las del Presidente, y de la

(1) Ley constitucional de 16 de Julio de 1875, art. 7.°
(2) Constitución, art. 1, sec. 7.ª, art. 2.° y 3.°

Digitized by Google

falta en éste de la prerrogativa de disolución, y en aquéllas del influjo político sobre el Poder ejecutivo, el *veto* es uno de los medios con los cuales el Jefe del Estado puede ejercer su acción en la vida de las Cámaras. Así se explica que se haga uso del voto con relativa frecuencia, sobre todo, si se tiene presente que no es imposible que las Cámaras representen ideas políticas de un partido, distintas de las del partido que ha elegido al Presidente de la República (1).

15. Teniendo en cuenta el diverso criterio positivo para la reforma constitucional, se explica que la iniciativa y el *veto* no sean de la misma naturaleza en los países donde la Constitución se repute obra más directa del Soberano que las leyes; cuando se trata de reformar el Código fundamental, que cuando se trate de reformar otra ley cualquiera. En Inglaterra, las reformas constitucionales, ya hemos visto que son obra, principalmente, de los Comunes. En los Estados Unidos, la reforma no se inicia por el Presidente, ni éste interviene en su aprobación definitiva (2). En Francia, las reformas de la Constitución pueden acordarse por las Cámaras, por sí ó á *propuesta del Presidente*. Éste no interviene más en la reforma (3). En Alemania, el Emperador tiene de hecho el *veto* en la reforma constitucional, disponiendo como dispone de más de 14 votos en el *Bundesrath* (4).

---

(1) Véase E. Campwell Mason, *The veto power, its origin, development, and function in the government of the United States;* Von Holst, *Constitutional Law*, pág. 112; Bryce, obra citada, I, 52; *The Federalest*, num. XLVIII.

(2) Constitución, art. 5.°

(3) Ley constitucional de 25 de Febrero de 1875, art. 8.°

(4) Constitución, art. 78.

Digitized by Google

16. La segunda forma anotada, de participación *directa* del Jefe del Estado en la función legislativa, es la más importante y de las más características, por las consecuencias que tiene para el resultado práctico de la forma de Gobierno. Sin perjuicio de aludir á esto luego, ahora nos basta decir que esta intervención ó no existe ostensiblemente (Estados Unidos), ó existe; pero nunca es personal, sino por medio de los Ministros, aunque de diferente manera (1).

En este punto, la fórmula más clara, legalmente considerada, de esa intervención del Jefe del Estado por medio de los Ministros, es la de Francia y España. En Francia los Ministros tienen una existencia constitucional expresa y son responsables de los actos del Presidente de la República; además son responsables solidariamente ante las Cámaras de la política general del Gobierno, é individualmente de sus actos personales (2). Asisten constantemente con el carácter de tales al Parlamento y en él tienen, á nombre del Jefe del Poder ejecutivo (Jefe del Estado), la iniciativa de las leyes y representando, en la elaboración de éstas, la opinión del Gobieno (3). Las leyes que emanan de su iniciativa se conceptúan proyectos de ley, y proposiciones las que emanan de la iniciativa parlamentaria. Los ministros, dice Dupriez, «son naturalmente los principales iniciadores, los guías y directores del trabajo legislativo» (4).

---

(1) Sobre este asunto es capital la obra de Dupriez, tantas veces citada.

(2) Ley constitucional de 25 de Febrero de 1875, art. 6.°

(3) Ley constitucional de 16 de Julio de 1875, art. 6.°

(4) Obra citada, t. II, pág. 399; véase E. Pierre, obra citada, pág. 671. Lefebvre, *Étude sur les lois constitionnelles de* 1875, páginas 132 y 140.

Digitized by Google

Casi lo mismo puede decirse de España. Los ministros tienen su origen en la Constitución, que los declara responsables de los actos del Rey (1), añadiendo que pueden ser (ó no ser) senadores y diputados (sin estar sujetos á reelección), y tomar parte en las discusiones de ambas Cámaras, teniendo voto sólo en aquella á que pertenezcan (2).

Aun cuando en los resultados políticos la intervención del ejecutivo en las tareas legislativas sea idéntica en Inglatera y en Francia y España, la forma legal es diferente. En primer lugar, en Inglaterra, todas las disposiciones escritas de carácter constitucional implican la independencia del Parlamento en sus tareas. No hay ministros legalmente reconocidos, que por ser tales puedan asistir al Parlamento. Los ministros asisten á la Cámara de que son miembros nada más, y hablan en ella sólo como miembros; por otra parte, el miembro de la Cámara de los Comunes nombrado para un puesto del Gabinete está sujeto á reelección. Sin embargo, en realidad, los ministros, como individuos del Gabinete, son los directores de la función legislativa, los responsables de la política del Gobierno (3), y la estructura legal que en otros países (Francia y España entre ellos) se les ha dado en esta función de intervenir en la vida parlamentaria, es un remedo de lo que, á pesar de las leyes, sucede en Inglaterra.

---

(1) Constitución, art. 49.

(2) Idem, art. 58.

(3) Todd, obra citada, cap. IV; E. May, obra citada, cap. XVII; Bagehot, obra citada; Burgess, obra citada, t. II, páginas 209 y siguientes; Franqueville, obra citada, vol. III, páginas 357 y 445. Dupriez, obra citada, tomo I, pág. 99.

Digitized by Google

17. Ofrecen dos tipos muy distintos de organización gubernamental, en el punto concreto que examino, Alemania y los Estados Unidos. No hay en ninguno de estos dos pueblos *ministros* al modo inglés. El Jefe del Estado no interviene en la elaboración de las leyes por *sus ministros*. Sin embargo, en Alemania, por un procedimiento constitucional muy complejo, interviene. En primer lugar, en el *Bundesrath* el Emperador, como Rey de Prusia, tiene una representación; además nombra el Canciller que lo preside (1). Por otra parte, el Canciller asiste al *Reichstag* (2) como miembro del Consejo federal: de este modo, sin llegar á los mismos resultados políticos del régimen parlamentario, el Emperador de Alemania tiene una participación constante por medio de sus representantes, miembros del *Bundesrath*, en la vida de las Asambleas legislativas (3).

Los *Estados Unidos* es el país, de los cinco, donde no tiene ese género de intervención el Jefe del Estado en la vida de las Asambleas. Los ministros no pueden asistir á sus discusiones, no por prohibición expresa de la ley, sino por la costumbre: son meros secretarios del Presidente, el cual se comunica con las Cámaras por escrito, y por los medios que las circunstancias aconsejan; pero siempre fuera de las sesiones. Las intrigas de los *pasillos*, el influjo in-

---

(1) Constitución, art. 14.

(2) Idem, art. 9.º

(3) Véase Laband, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, vol. I, páginas 532 y 549; Baumbach, *Des deutsche Reichstag*, páginas 37 y 48; Hensel, *Die Stellung des Reichskanzlers nach dem Staatsrechte des deutschen Reiches* (*Annalen des deutschen Reiches*, 1882); Lebon, obra citada, páginas 144 y 151; Dupriez, obra citada, t. I, especialmente pág. 537.

Digitized by Google

contrastable del *lobby* (1), desempeñan papel preponderante (2).

---

(1) Véase Story, *Commentaries*, etc., vol. II, pág. 368; Bryce, obra citada, vol. I, páginas 71 y 77, 204 y 233, 278 y 287; Burgess, obra citada, t. II, página 263; Chambrum, *Le Pouvoir executif aux Etats-Unis;* Laveleye, obra citada, t. II, lib. X, cap. III; Dupriez, obra citada, páginas 42 y 118.

(2) Debátese hoy en los Estados Unidos sobre si debe reformarse el mecanismo gubernamental, permitiendo á los minisiros asistir á las Cámaras legislativas. En el Senado se promovió la reforma correspondiente. Véase Freeman Snow, *Gabinet Government in the United States.* (*Annals of the American Academy of political and social science*, t. III, pág. 1). Véase G. Bradford. *Congress and the Gabinet* (la misma revista. t. IV, pág. 404).

Digitized by Google

CAPÍTULO IV.

LA FUNCIÓN EJECUTIVA.—EL JEFE DEL ESTADO. LOS MINISTROS.

1. Es muy difícil en el derecho constitucional determinar la esfera propia de la actividad y el órgano adecuado de la función ejecutiva, y más difícil aun señalar las manifestaciones ostensibles de la acción unitaria del Estado en las funciones del Gobierno. Sometido al derecho, organizado jurídicamente, el *Ejecutivo*, como institución política, es una verdadera creación moderna (1). En la formación histórica de Estado constitucional, la del poder ejecutivo con los órganos en que se reputa especializado, representa la tradición del poder personal, de la soberanía particular de las dinastías, frente á la afirmación de las tendencias hacia la soberanía social representada por las Asambleas. Además, el Ejecutivo viene siendo en la historia la personificación temporal del Estado mismo, algo así como el centro y unidad de su vida (2). No tiene, en verdad,

---

(1) Burgess, obra citada, t. II, páginas 307 y siguientes.

(2) Mosca, *Sulla teorie dei Governi e sul Goberno parlamentare.—Le costituzioni moderne;* Arcoleo, *Il Governo di Gabineto;* Stein, *Die Ver-*

Digitized by Google

nada de particular, dados estos antecedentes ó supuestos, que reine cierta vaguedad en las Constituciones, en todo lo referente á la organización de este instrumento de gobierno, explicándose, por otra parte, que esta organización ofrezca singulares variantes en los diferentes Estados.

2. Generalizando hasta cierto punto la doctrina legal de las Constituciones modernas, cabe afirmar, que conceptuada la función ejecutiva como *poder del Estado* (uno de los tres fundamentales), se le asignan las siguientes funciones particulares: «1.ª, realizar las decisiones del poder legislativo; 2.ª, auxiliar la ejecución de las del judicial, cuando es para ello requerido; 3.ª, desempeñar la función coactiva general, á cuyo efecto se halla provisto de los medios necesarios, estando á su cargo la dirección y régimen de la fuerza nacional (*ejército*); 4.ª, velar por el mantenimiento de la seguridad interior y de la paz pública; 5.ª, procurar activamente la conservación y desarrollo de los intereses nacionales, mediante la gestión administrativa; 6.ª, representar al Estado nacional en sus relaciones interiores con las personas individuales ó sociales en él contenidas» (1). Al lado de éstas, y confundidas en el mismo órgano ó por lo menos atribuídas al mismo órgano de un modo legal, están; 7.ª, la función administrativa de conservación del organismo político; 8.ª, la participación que se le asigna en el desenvolvimiento de la función legisla-

---

waltungslehre; Fischel, *La costitution anglaise;* Bagehot, obra citada; Dupriez, obra citada; Laveleye, obra citada; Prins, *Le democratie et le Gouvernement representative;* Azcárate, *El régimen parlamentario;* Posada, *El Parlamentarismo.*

(1) Giner, *Derecho natural,* pág. 237.

Digitized by Google

tiva; 9.ª, la representación internacional; 10, á veces ciertos actos de representación ostensible de la acción unitaria del Estado en el Gobierno (función moderadora).

3. Un rápido examen de las disposiciones constitucionales probará lo exacto de las indicaciones hechas. El órgano que constitucionalmente se reputa como del poder ejecutivo en los cinco Estados á que aquí nos referimos, y que en unos es el que conserva la tradición del poder personal (Inglaterra, Alemania y España), y en otros está ideado á imitación del de las naciones en que la tradición lo ha establecido (Francia y Estados Unidos), hállase adornado de las prerrogativas y facultades que las funciones indicadas suponen. Puede verse esto claro considerando las funciones que legalmente tiene la corona de Inglaterra (1), las que real y efectivamente se atribuyen y ejerce el Emperador de Alemania (2), las que según la Constitución son propias del Rey en España (3), y las que se conceptúan como facultades del Presidente de la República en Francia (4) y en los Estados Unidos (5). En las cinco naciones tiene el Poder ejecutivo la representación diplomática, el mando de las fuerzas de mar y tierra, la seguridad personal, la función de hacer cumplir las leyes, el nombramiento de los empleados públicos, la función administrativa, y una mayor ó menor intervención en el poder legislativo (6).

---

(1) Bagehot, obra citada.
(2) Constitución, art. 5.º, cap. IV, arts. 24, 53, 56, 64, 65 y 68.
(3) Constitución, arts. 18, 22, 32, 36, 37, 41 y tít. VI.
(4) Ley constitucional de 25 de Febrero de 1875, arts. 3.º, 4.º, 5.º y 6.º Ley constitucional de 16 de Julio de 1875, arts. 2.º, 6.º, 7.º, 8.º y 9.º
(5) Constitución, art. 2.º (todo), art. 4.º, sec. 4.ª
(6) Véase Burges, obra citada, vol. II.

Digitized by Google

4 y 5. Pero veamos cuál es, y cómo está organizado el Poder ejecutivo en las cinco naciones.

Repútase en las cinco como Jefe del Poder ejecutivo, el que real y positivamente lo es del Estado, y á él se le atribuyen (ejérzalas ó no) las funciones todas que dejamos enumeradas. Mas este Jefe del Estado, ó Jefe del Poder ejecutivo, tiene en las cinco naciones diverso carácter. En tres de los Estados es hereditario (Inglaterra, Alemania y España); en dos es electivo (Estados Unidos y Francia). En Inglaterra, el Jefe de Estado y del Ejecutivo es el Rey, perteneciente á la dinastía de Brunswick, que recibió la corona por virtud de un acto del Parlamento (1). El poder real se transmite hereditariamente entre los miembros de la familia, que constituye la representación tradicional de la dinastía y, según las leyes, de la sucesión privada regular, con inclusión de las hembras, aunque no en competencia con los varones del mismo grado (2). En Alemania, el Jefe del Estado y del Ejecutivo lo es el Emperador ó Presidente de la Confederación, y como este puesto corresponde al Rey de Prusia (3), la ley de transmisión de esta institución política es la misma que rige para la Casa Real de los Hohenzollern en esta nación. Según la Constitución prusiana, «la Corona es hereditaria en la descendencia masculina, por orden de primogenitura, y según la sucesión agnada directa» (4). En España, el jefe del Estado y del Ejecutivo lo es el Rey, que pertenece á la dinastía de

(1) Véase Blackstonne, *Commentaries*, I, c. 3; Burgess, obra citada, volumen II, pág. 185.

(2) Burgess, obra citada, vol. II, pág. 187.

(3) Constitución alemana, art. 11.

(4) Constitución de Prusia, art. 53.

Digitized by Google

Borbón, en la línea femenina descendiente de Fernando VII. La Constitución reconoce como rey á D. Alfonso XII, proclamado por el ejército en Sagunto, y fija la sucesión al trono por el orden regular de primogenitura y representación, siendo preferida siempre la línea anterior á las posteriores; en la misma línea, el grado más próximo al más remoto; en el mismo grado, el varón á la hembra, y en el mismo sexo, la persona de más edad á la de menor (1).

Como se ve, hay entre estas tres naciones una diferencia capital en cuanto al sistema sucesorio. Alemania excluye las hembras del trono; los otros dos pueblos, no.

La forma monárquica hereditaria, en razón de la confusión que supone del lazo de la sangre y el principio hereditario, con los principios políticos de organización del Estado, entraña una porción de cuestiones relativas á las condiciones privadas del Rey, que toman cierto carácter público y que suelen regularse en la Constitución, por ejemplo: menor edad del Rey, cuánto dura; incapacidad del Rey, regencia del reino, tutor del Rey, matrimonio del Rey, etc., etc. (2).

Lo característico del Poder ejecutivo monárquico, además de la índole perpetua y hasta indiscutible del mandato, es la condición excepcional que reviste y mantiene la persona que ejerce el poder real. Tiene, en primer lugar, cierto aspecto exterior mantenido por el espíritu tradicional que

---

(1) Constitución, arts. 59 y 60. Véase el 61 y siguientes sobre ciertas particularidades de la sucesión.

(2) *Inglaterra*. Véase Blackstonne, obra citada, I, c. 3; Burgess, obra citada, t. II, pág. 119 y siguientes; Alemania, Constitución de Prusia, título III; España, Constitución, tít. VIII.

Digitized by Google

lo convierte en institución *imponente* (1). *La Majestad* y el *aparato* real, son indispensables en la Monarquía. Esta condición acentúase más de modo ostensible y con mayor fuerza, con la consideración alcanzada de antiguo por los monarcas, y hoy consagrada en las Constituciones, y según la que los reyes son personalmente *sagrados*, *inviolables* é *irresponsables* (2), dentro del círculo natural de las leyes. En rigor esta irresponsabilidad personal del Monarca, mantenida aun dentro del régimen representativo, y combinada con la responsabilidad ministerial, ha sido uno de los medios, como luego veremos, de diferenciar el poder real en sus funciones ejecutivas y del Jefe del Estado.

6. El Poder ejecutivo en las Repúblicas de Francia y de los Estados Unidos, es, naturalmente, electivo. Aplícase á él el principio general de la doctrina representativa, según el cual, todos los ciudadanos pueden aspirar á los puestos todos del Estado, según su mérito y capacidad; principio desconocido en la Monarquía y en los Senados hereditarios (Inglaterra y España). El procedimiento, y en general el sistema electivo, es distinto en Francia y en los Estados Unidos. En Francia, el Presidente de la República es elegido por el Senado y el Congreso, constituídos en Versalles en Asamblea nacional, y por mayoría absoluta de votos. Es nombrado por siete años y reelegible (3). En caso de vacante por muerte ó por cualquiera otra causa, las dos Cámaras se reunen y proceden á elegir nuevo Presidente. En

(1) Vease Bagehot, obra citada.

(2) *Inglaterra*. Burgess, obra citada, t. II, pág. 192; *Alemania*, Constitución, art. 17. Constitución de Prusia, art. 43; *España*, Constitución, artículo 48.

(3) Ley constitucional de 25 de Febrero de 1875, art. 2.º

Digitized by Google

el intervalo, el Consejo de Ministros está investido del poder ejecutivo (1). En los Estados Unidos, el Presidente de la República se elige al propio tiempo que el Vicepresidente, por un período de cuatro años (2); es reelegible, pero la costumbre no permite más de una reelección. El procedimiento electoral implica la atribución al pueblo de las elecciones, pero de modo indirecto. Cada Estado designa, según el modo prescrito para elegir las Asambleas legislativas, un número de electores igual á la totalidad de senadores y representantes que el Estado tiene derecho á enviar al Congreso (3). Hoy, excepto en la Florida, el uso dominante es nombrar los electores presidenciales por el pueblo, según el procedimiento de las listas. El Congreso puede determinar la época de la designación de los electores, y el día en que deben votar (4). Exígese para ser Presidente, la condición de ciudadano, residencia de catorce años en los Estados Unidos, y treinta y cinco de edad (5). El Vicepresidente sustituye al Presidente en caso de vacante antes de expirar el plazo por que ambos fueron elegidos; y faltando los dos, el Congreso puede por una ley, indicar el funcionario que los sustituya, hasta, terminar el plazo de los cuatro años (6).

Como se ve, hay varias diferencias entre las Constitu-

---

(1) Ley constitucional de 25 de Febrero de 1875, art. 7.º La ley constitucional de 13 y 14 de Agosto de 1884, art. 2.º, declara incapacitados para ser Presidentes á los miembros de las familias que reinaron en Francia.
(2) Constitución, art. 2.º, sec. 1.ª, 1.
(3) Idem, íd., íd. 2.
(4) Idem, art. 2.º, sec. 1.ª 4, Enmienda XII.
(5) Idem, art. 2.º, sec. 1.ª 5.
(6) Idem, art. 2.º, sec. 1.ª 6.

Digitized by Google

ciones francesa y norteamericana. Ésta da una participación más directa y más frecuente al pueblo en la elección.

Como característica diferencial entre el Presidente de la República y el Monarca, aparte el origen y la amovilidad del primero, está la condición menos aparatosa y natural del Presidente, y su aspecto por necesidad modesto. El Presidente no pierde por un momento la cualidad de ciudadano, ni el serlo imprime carácter distinto á la personalidad civil y política del que desempeña el cargo, ni á las de su familia (dinastía). Todo esto se refleja en la declaración por la cual el Presidente es responsable de aquellos actos que como suyos se reputan. El de Francia, que se parece en sus facultades y relaciones con los otros órganos del Poder á un Monarca constitucional, es responsable de los delitos de alta traición (1); lo juzga el Senado y lo acusa la Cámara de Diputados (2). El de los Estados Unidos es responsable como todos los demás funcionarios civiles, que, según la Constitución, serán destituídos de sus funciones si, á consecuencia de una acusación ante el Senado (*impeachmen*), se les conceptúa convictos de traición, cohecho (*bribery*) ú otros delitos (*or other high crimes and misdemeanors*) (3): esto sin perjuicio de las responsabilidades á que los funcionarios se hagan acreedores ante los tribunales ordinarios (4).

7. Debe tenerse en cuenta que por más que en las Constituciones se repute como Jefe del Poder ejecutivo, atribu-

---

(1) Ley constitucional de 25 de Febrero de 1875, art. 6.º
(2) Ley constitucional de 16 de Julio de 1875, art. 12.
(3) Constitución, art. 2.º, sec. 4.ª
(4) Idem, art. 1.º, sec. 3.ª, arts. 6. y 7.

Digitized by Google

yéndole en el texto legal ó en las afirmaciones de las costumbres, las funciones de este carácter y todas las demás, ya señaladas al Jefe del Estado, no es esto siempre exacto, ó lo es en una medida muy diferente. Al lado del Jefe del Estado hay en los cinco Gobiernos de las naciones á que aquí se alude, otros funcionarios de que ya varias veces hemos hablado; son en cuatro de ellas (Inglaterra, Estados Unidos, Francia y España) los *Ministros;* y en el otro (Alemania) el *Canciller.*

Ahora bien: estos funcionarios son los que ó *de hecho ejercen* la mayor parte de las funciones atribuídas al Jefe del Estado (Inglaterra, Francia y España), ó auxilian al mismo á desempeñarlas (Alemania y Estados Unidos).

8. La importancia de los ministros manifiéstase, sobre todo, en aquellos Estados en que se los reputa *responsables* de los actos todos que se conceptúan como del Jefe del Estado: Rey ó Presidente. Pasa esto en Inglaterra (1), en Francia (2) y en España (3), y pasa también con el Canciller de Alemania (4). Manifiéstase, además, la importancia de los ministros, como independientes, en cierto sentido, del Jefe del Estado, en cuanto constituyen un órgano corporativo con unidad de miras, jefatura, homogeneidad de ideas, responsabilidad colectiva, que es lo que ocurre en Inglaterra con el Gabinete (5), en Francia y España con

(1) Bagehot, obra citada.
(2) Ley constitucional de 25 de Febrero, arts. 3. y 6.
(3) Constitución, art. 49.
(4) Idem, art. 17. No se sabe qué clase de responsabilidad es la del Canciller, ni cómo exigirla.
(5) Bagehot, obra citada, cap. I. Arcoleo, obra citada, capítulos I y III.

Digitized by Google

el Consejo de Ministros (1), y en Alemania, hasta cierto punto, con el Canciller y sus dependientes de carácter ministerial (2). Manifiéstase por fin la importancia de los ministros, como Ministerio, en las relaciones y vida de los poderes del Gobierno, en aquellos países donde ocupa éste una posición intermedia entre el Jefe del Estado y el Parlamento, dependiendo de ambos, y sometiéndose en su organización á las corrientes imperantes en las Cámaras, especialmente en la Cámara popular, que es lo que ocurre en Inglaterra, Francia y España.

Ahora bien: atendiendo á la organización y definición que alcanza el Ministerio, á la intervención nominal que el Jefe del Estado tiene en la mayoría de las funciones que se le atribuyen, y á la efectiva que en dichas funciones tienen los Ministros individual ó colectivamente, puede inferirse que en aquellos países donde la importancia de éstos llega á constituirlos en cuerpo político que varía, según los cambios de la opinión reflejados en el Parlamento (Inglaterra, Francia y España), el Ministerio es un poder aparte y distinto del que corresponde al Jefe del Estado. Por eso en estos países se puede hacer la distinción á que aludía B. Constant, entre el poder del Jefe del Estado (del Rey, del Presidente) y el poder del Gabinete ó Consejo de Ministros.

9. Esta distinción orgánica, producida primeramente en Inglaterra, sobre todo durante los reinados de los Jorges, y determinada con una gran precisión histórica en el pre-

(1) Ley constitucional de 25 de Febrero de 1875 (Francia), art. 6.º España: la Constitución reconoce la existencia del Consejo de Ministros.

(2) Dupriez, obra citada, t. I, pág. 491.

Digitized by Google

sente siglo en aquel pueblo (1), y luego consagrada en la mayoría de las Constituciones escritas de modo casi siempre implícito, distinción que por lo demás no es esencial, no puede hacerse en la misma forma en Alemania, y menos en los Estados Unidos. En Alemania porque el Canciller es un funcionario que depende exclusivamente del Emperador, que no responde para nada ante el Parlamento, al cual asiste como miembro del *Bundesrath*, y porque en rigor el Emperador es personalmente Jefe del Poder ejecutivo (2). En los Estados Unidos porque el Presidente de la República es Jefe efectivo del Poder ejecutivo, y responsable de todos sus actos, no siendo los ministros sino verdaderos secretarios de Estado á él subordinados, y sin tener que responder de su gestión ante las Cámaras (3).

10. Aun cuando la diferenciación orgánica de las magistraturas que supone la distinción entre el Jefe del Estado y el Ministerio no sea esencial, ni quizá resulte en la práctica lo mejor, no puede desconocerse que su existencia responde en parte á una distinción esencial de las funciones del Estado en el Gobierno. Es la continuación histórica de

---

(1) Bagehot, obra citada; Arcoleo, obra citada; May, *Historia constitucional de Inglaterra*; Fischel, obra citada; Franqueville, obra citada, etc. (Véase la GUÍA).

(2) Dupriez, obra citada, t. I; Laband, obra citada, pág. 270 y 337; Meyer, *Lehrbuch des deutschen Staatsrecht*, páginas 364 y 377; Lebon, obra citada páginas 151 y siguientes.

(3) Burgess, obra citada, t. II, pág. 257 y 263; Bryce, obra citada, t. I, páginas 45, 46, 100 y 110; Chambrum, obra citada; Story, obra citada, vol. II, pág. 288 y siguientes; Dupriez, obra citada, t. II, pág. 30 y siguientes; Minguzzi, *Governo di Gabinetto e Governo Presidenziale*, páginas 84 y siguientes.

Digitized by Google

una desintegración del poder absoluto y personal que en lo antiguo se atribuían los reyes. En efecto; en las funciones que en el núm. 2 de este capítulo señalamos como las que corrientemente se consideran del órgano ú órganos del *Ejecutivo*, hay: 1.°, funciones propiamente ejecutivo-políticas, que ejerce el Ministerio de un modo real, efectivo, y que en rigor, son funciones ministeriales; las *cuatro primeras* tienen indudablemente este carácter; 2.°, funciones de relaciones del Estado nacional: *a*) con los intereses sociales; *b*) con las personas individuales y colectivas en él contenidas; *c*) con las demás naciones, las cuales también ejerce el Ministerio de un modo más ó menos directo, siendo estas últimas muy propias en cierto sentido del Jefe del Estado, que representa la unidad personal del mismo. Las señaladas con los números 5, 6 y 9 tienen este alcance: 3.°, funciones administrativas que también ejerce el Ministerio, si bien se tiende á disminuir su acción dando á los órganos inmediatos de esta función condiciones de independencia, estabilidad y responsabilidad. La señalada con el número 7 es á la que aquí se alude; 4.°, participación en la función legislativa, ejercida también de hecho por el Ministerio. Está señalada con el número 8; y 5.°, ciertos actos de representación ostensible de la acción unitaria del Estado en el Gobierno (señalada con el número 10), que son los que implican la *función moderadora*, y que en rigor ejerce el Jefe del Estado, no el Ministerio, aunque así aparezca, por cuanto en tales actos es cuando se ve al Rey ó al Presidente obrar personalmente; por ejemplo, las facultades de *veto* absoluto ó limitado, las de disolución de la Cámara llamando á nuevas elecciones, el nombramiento de los ministros, según las tendencias se-

Digitized by Google

ñaladas en la opinión pública. Son éstas, en efecto, funciones en las cuales, aun cuando el documento en que el Jefe del Estado aparece obrando, sea refrendado por el ministro responsable, lo cierto es que aquél ejerce una función efectiva y personal. Puede en realidad el Rey (en Inglaterra y en España), ó el Presidente (en Francia), pasar inadvertido en la marcha normal de los poderes públicos; pero su intervención personal es inevitable y necesaria cuando surge un desacuerdo entre el *Parlamento* y el *Gabinete*, y ha de *disolverse* aquél ó se ha de *cambiar* éste (1).

Y no importa, para la distinción real de las funciones, que no se haya verificado en la organización del Gobierno, la diferenciación de órganos que la existencia del Gabinete supone. En Alemania la existencia en manos del Emperador del poder ejecutivo, que ejerce con el auxilio del Canciller, no impide que aquél, á más de representar ostensiblemente, como el Rey ó el Presidente en otros Gobiernos, la unidad del Estado, ejerza funciones de Jefe del Estado, tales como la participación en la disolución del *Reichstag* y la adaptación de la marcha del ejecutivo á las corrientes que reputa más dominantes ó que cree deben ser seguidas. En los Estados Unidos, el Presidente, que es, ante todo y sobre todo, el Jefe del Poder ejecutivo, obra como Jefe del Estado en función representativa de la acción de éste en el Gobierno, cuando ejerce la función del veto. Por otra parte, esta acción unitaria del Estado se manifiesta en los Estados Unidos, en ciertas prerrogativas del poder judi-

(1) Véase Azcárate, *El poder del Jefe del Estado en Inglaterra, Francia y los Estados Unidos;* Arcoleo, obra citada.

Digitized by Google

cial para declarar la *inconstitucionalidad* de las leyes (1) y mediante la frecuencia con que hablan los comicios, y en el procedimiento extraordinario de reforma constitucional. Esto sin contar con que ciertos resultados de armonía entre los órganos del Gobierno, que la distinción del poder del Jefe del Estado y de la acción del Ministerio procuran mediante la presencia constante de éste en la Cámaras, se logran en los Estados Unidos, ya por medio de los mensajes presidenciales, ya por otros caminos no públicos, como las relaciones que de hecho existen fuera de las sesiones entre el Presidente y sus Ministros y los *Comités* que ejercen verdadera tiranía dentro de las Cámaras legislativas (2).

11. La distinta organización del poder del Jefe del Estado y del ejecutivo, determina una significación y un alcance muy diferentes desde el punto de vista político, de las Asambleas legislativas. En efecto; la acción de éstas, y su influjo inmediato en la marcha total del Gobierno, es diferente según que los ministros asistan ó no á las Cámaras, y como tales, y en junto el Ministerio, respondan ó nó ante ellas de su gestión político-administrativa. Cuando, como ocurre en Inglaterra, Francia, Alemania y España, los Ministros ó el Canciller asisten á las Cámaras, toman éstas el carácter de Parlamento, en donde á más de legislar, se discuten los actos del ejecutivo y se expresan las quejas y las tendencias políticas de la opinión de un modo continuo. Los medios de que dispone la Cámara para ejercer esta primera función parlamentaria, son los que en los reglamen-

(1) Burgess, obra citada, t. II, páginas 325 y siguientes.

(2) Laveleye, obra citada, t. II, páginas 123 y siguientes; Dupriez, obra citada, t. II, páginas 68 y siguientes.

Digitized by Google

tos se conocen con los nombres de preguntas é interpelaciones (1) que hacen los diputados. Cuando, como ocurre en los cuatro países citados, excepto Alemania, el Ministerio es obra, en colaboración, del Parlamento y el Jefe del Estado, representando aquel la tendencia imperante en la mayoría parlamentaria, el Parlamento adquiere una importancia, á veces excesiva, dando lugar al régimen parlamentario, en el cual, las Asambleas, á más de legislar y de inspeccionar la marcha del Gobierno, tienen las facultades de inquirir, mediante amplia información, las tendencias del Ministerio, exigiendo cuenta estrecha de los actos de éste, ya individuales de cada ministro, ya colectivos, y planteando, cuando es necesario, la cuestión de confianza, y pidiendo, siempre que se estime oportuno, la responsabilidad política y de otro orden de los ministros (2). Los medios de que disponen los miembros del Parlamento para ejercer esta función, son las mismas preguntas é interpelaciones con el derecho de inspección que entrañan, los votos de censura, la acusación ministerial, etc., etc. (3).

En cambio, cuando, como ocurre en los Estados Unidos, los ministros no asisten á las Cámaras, éstas quedan reducidas á ser meras Asambleas legislativas.

---

(1) Véase Dupriez, obra citada, t. I, pág. 535; Azcárate, *El Régimen parlamentario.*

(2) Dupriez, ídem; Arcárate, ídem; Arcoleo, obra citada; Minguzzi, obra citada.

(3) Véase, por ejemplo, los *Reglamentos* de nuestras Cámaras; véase E. May, *A treatise of the law, proceedings and usag of Parliament;* E. Pierre, obra citada, especialmente lib. VI; Reynaert, obra citada.

Digitized by Google

CAPÍTULO V.

LA FUNCIÓN JUDICIAL.

1. El reconocimiento de una función judicial en el Gobierno del Estado, puede reputarse hoy como general. Entraña, en verdad, tal función uno de los momentos esenciales de la práctica realización del derecho en la vida (1), así que no puede sorprender, que al organizar el Estado, según el ideal que en el fondo supone el derecho constitucional, se consigne la existencia en el Gobierno de una institución política, cuyo fin es aplicar el derecho declarado por el poder legislativo, y promulgado por el ejecutivo, á los casos en que es desconocido ó negado, ó bien en que tal aplicación ofrece dificultades nacidas de la duda, y que exigen una adecuada é indiscutible interpretación (2).

2. Es también un hecho casi general, la tendencia reinante á conceptuar esta función como una función que

---

(1) Véase TEORÍA DEL ESTADO, lib. VI, cap. III, 6.

(2) Véase Burgess, obra citada, pág. 320; Lieber, obra citada, XV y siguientes; Woolsey, obra citada, vol. II; Palma, obra citada, vol. II, 592; Orlando, *Principii*, lib. VI; *Teoria giuridica delle garantigie delle libertà;* Laband, obra citada, vol. II; Azcárate, *El Selfgovernment* etc.

Digitized by Google

exige un órgano específico, en razón de la especialidad de su contenido y del momento distinto de la vida del derecho que implica. Merced á esto y á las condiciones en que el derecho se garantiza por el Gobierno del Estado, la tendencia aludida se manifiesta ostensiblemente en el derecho constitucional, en la consideración con que se trata dicha función, elevándola en los detalles de la organización política, á la categoría de *poder del Estado*, es decir, de función independiente substantiva, que responda en su organización á la misma ley que el poder legislativo, gozando de una propia esfera de acción, relativamente soberana, y atribuyéndole un origen en la misma conciencia nacional ó popular, ó del Estado. La idea de la *representación* aplícase en principio á la función judicial, al modo como se aplica á las demás funciones.

3. Pero esta tendencia dista mucho de haberse desarrollado plenamente. Es una aspiración á veces definida en sus ideales, á veces indefinida y de poca intensidad, que se sigue en algunas partes, casi inconscientemente, y contra la cual se producen por doquier obstáculos sin cuento. En realidad, tomada en conjunto la tendencia indicada, en el derecho constitucional de los cinco Estados de que aquí se habla, pueden señalarse como dificultades que en todos ó en algunos tiene que vencer para llegar á sus últimas consecuencias:

1.° La consideración de la función judicial como una dependencia ó, á lo menos, dirección del Poder ejecutivo (1) (la Constitución española responde á esta idea).

2.° La dependencia real en que tal función suele vivir

(1) Véase Stein, obra citada, t. I.

Digitized by Google

respecto de los representantes del citado Poder ejecutivo, ó del legislativo.

3.° La falta de una definición práctica, exacta, de la esfera de la función judicial en la vida del Estado.

4.° La indefinición de sus órganos y la intervención en muchas de sus funciones de órganos del Poder ejecutivo (la jurisdicción contencioso-administrativa, la gracia de indulto (1), por ejemplo), y del poder legislativo (los Senados como altos tribunales de justicia) (2).

4. Estas dificultades tienen, naturalmente, su explicación. De una parte, es preciso no olvidar que el antecedente más inmediato, en algunos pueblos, del derecho constitucional, ofrece la función de juzgar como función propia del Rey. Por otra parte, en el desenvolvimiento del régimen moderno, las relaciones entre los poderes públicos se han producido en muchos países (Francia y España, por ejemplo) en medio de la mayor desconfianza política. En razón de la estructura tradicional del Gobierno, la especificación de ciertos órganos ó poderes, el legislativo, en parte, y muy particularmente el judicial, se hizo entrañando su constitución independiente el triunfo material de las tendencias revolucionarias; de ahí que en las infinitas componendas y arreglos de carácter doctrinario á que se deben las diferentes Constituciones de algunos países, se haya procurado cercenarlos, pretextando la necesidad de que el poder judicial, sobre todo, no se opusiera con sus

(1) Sobre la jurisdicción administrativa, véase Meyer, obra citada; Orlando, obra citada; Azcárate, obra citada, etc.

(2) Véase Burgess, obra citada, t. II; Div. IV, cap. V; Dicey, obra citada, pág. 300; Palma, obra citada, vol. II, pág. 578.

Digitized by Google

decisiones *represivas* á la marcha natural y al natural desarrollo de la acción del Poder ejecutivo, y llegando á veces á conceptuarlo como una dependencia importantísima de éste, y sometido, por tanto, á sus tendencias y aspiraciones. Por último, no puede en modo alguno prescindirse de cierto influjo tradicional que impide ver en la persona constituída en autoridad, el carácter imborrable del ciudadano y del hombre, que no desaparece, ni se modifica en cuanto á las responsabilidades en que como tal hombre puede incurrir, ya en las relaciones diarias de la vida, ya en el ejercicio de su autoridad misma. La consideración de la posición eminente de ciertos funcionarios, reflejo de la del Rey, y á consecuencia de la autoridad que ejercen, hace que se los coloque en situación excepcional frente á la función judicial y que se conceptúe necesario para someterlos á su acción, ó solemnidades especiales, ó tribunales especiales también.

5. Relacionando esta explicación histórica y política de las dificultades á que en el núm. 3 se alude, con las dificultades mismas, se puede ver ostensiblemente manifiestas estas últimas en una rápida ojeada sobre los caracteres generales de la organización alcanzada por la función judicial en los cinco Estados á que aquí nos referimos.

En todos ellos el órgano del poder judicial total y completo, no surge de un modo directo de la soberanía del Estado, no ya por el procedimiento directo de la elección, sino por el procedimiento indirecto de una *selección* legal, ideada en vista de la necesidad de fijar las condiciones *técnicas* de los funcionarios judiciales y de la necesidad de acentuar en ellos su cualidad imborrable de *representantes* del Estado. Sin duda, puede señalarse en algunos de los

Digitized by Google

países (Estados Unidos (1), Alemania (2) y España) (3) una declaración constitucional relativa al poder ó función judicial; pero no tiene esta declaración en sus resultados el alcance que pudiera esperarse, ni impide que los representantes ó funcionarios del orden judicial dependan de los de otros órganos del poder del Estado. En efecto; considerado el poder judicial en el elemento personal de carácter *técnico*, que tiene á su cargo la función de un modo especial y ordinario (jueces y tribunales), en todos los países depende inmediatamente, por su origen, y á veces en el desenvolvimiento normal de su vida, de otro poder público.

En Inglaterra, la función judicial como tal está, en verdad, sujeta á la condición *legal* á que lo están las demás funciones; pero en su organización interviene el Rey, por quien son, en general, nombrados muchos de sus funcionarios, teniendo además cierta intervención en la vida y funciones de los tribunales (4).

En los Estados Unidos, el poder judicial proclámase tal poder en la Constitución (5), y al pronto, como ésta determina la existencia de un Tribunal Supremo y de tribunales inferiores, parece como que se eleva dicho poder á la consideración del poder del Estado federal, como el legislativo (del Congreso) y el ejecutivo (del Presidente); pero no es así completamente, porque, en primer lugar, el Congreso

(1) Constitución, art. 3.º, sec. 1.ª
(2) Idem, cap. XIII.
(3) Idem, tít. 9.º
(4) Demombynes, *Constitutions europeens*, t. I, pág. 59; Carlier, obra citada, t. IV.
(5) Constitución, art. 3.º, sec. 1.ª

Digitized by Google

tiene la facultad de determinar el número de tribunales inferiores (1), y el nombramiento de los jueces del Tribunal Supremo y demás funcionarios corresponde al Presidente, con el consentimiento del Senado (2). Entiéndase, por supuesto, que se trata sólo del poder judicial federal.

En Francia, el poder judicial no ha sido objeto de ley constitucional; depende, pues, del poder legislativo ordinario en su organización. El personal depende muy directamente del Poder ejecutivo. Los magistrados, propiamente dicho, son nombrados por decretos del Presidente de la República (3).

En Alemania, la existencia de una función judicial federal arranca de la Constitución (4); pero el Tribunal Supremo del Imperio, residente en Leipzig, consta de Presidente y consejeros, nombrados por el Emperador, á propuesta del *Bundesrath* (5), y los Tribunales Supremos particulares de los Estados no tienen un origen muy distinto.

En España, la Constitución no habla de la función judicial como de un poder; habla de la *Administración de Justicia* (6), que se administra en nombre del Rey (7), dependiendo el personal de este servicio del Estado, del Poder ejecutivo de una manera casi absoluta en la práctica, á pesar de ciertas declaraciones constitucionales respecto de

---

(1) Constitución, art. 3.°, sec. 1.ª
(2) Idem, art. 2.°, sec 2.ª, 2.
(3) Demombynes, obra citada, t. II, pág. 148.
(4) Constitución, cap. XIII.
(5) Demombynes, obra citada, t. II, pág. 141.
(6) Constitución, tít. 9.°
(7) Idem, art. 74.

Digitized by Google

inamovilidad é independencia de los jueces y tribunales (1).

6. No dejan, naturalmente, de existir manifestaciones legales, por las que se revela la tendencia contraria á esta dependencia del poder judicial, é indicios indiscutibles de que es en ella una función de Gobierno que debe vivir bajo la acción directa é inmediata del Estado. Aquellas manifestaciones se acusan en las declaraciones constitucionales relativas á la inamovilidad y responsabilidad de los jueces, al carácter legal de su organización, etc., y los indicios, en la intervención del todo social, del pueblo, en la función judicial, especialmente en la parte penal, por el *jurado*, que hoy existe en los cinco Estados á que nos referimos en estos estudios, y en la publicidad y garantías de los debates judiciales.

7. Por otra parte, atendiendo al contenido racional y necesario de la función judicial, la organización del poder entraña una cierta indefinición y varias consecuencias, en razón de las que el órgano oficial, que legalmente se reputa como institución encargada de ejercer la potestad de aplicar las leyes á los juicios civiles y criminales, no asume la función toda, en cuanto mucha parte de ella se ejerce por otros órganos de otros poderes ó por órganos de carácter especial, ó bien no alcanza por igual y del mismo modo la jurisdicción á todos los ciudadanos. Varían los Estados en estos puntos; pero en todos hay algo de lo que indico.

En Inglaterra están, en primer lugar, las funciones judiciales de la Cámara de los Lores: 1.º, para juzgar sobre las acusaciones de la Cámara de los Comunes, á los miembros

(1) Constitución, tít. 9.º

Digitized by Google

del Consejo privado, ministros y funcionarios públicos de un orden elevado; 2.º, para juzgar á los lores; y 3.º, como Tribunal Supremo de apelación de la justicia ordinaria (1). Hay además el carácter de irresponsabilidad é inviolabilidad del Monarca.

En los Estados Unidos, contrayéndonos al poder federal, tenemos las facultades del Congreso en los *inspeachments* (acusaciones de la Cámara de Representantes) (2). En estos juicios decide el Senado, y refiérense á la exigencia de responsabilidad de los funcionarios federales, Presidente de la República inclusive (3).

En Francia, debe señalarse: 1.º, las facultades judiciales del Senado, como alto tribunal que entiende en las acusaciones de la Cámara de Diputados contra el Presidente de la República y de los Ministros, ó bien en los procesos iniciados por decreto del Presidente de la República, para juzgar de los atentados cometidos contra la seguridad del Estado (4); 2.º, la existencia de la llamada *jurisdicción administrativa*, que entraña la atribución del conocimiento de los juicios de carácter administrativo, en que el Estado ó su Administración es parte, á consejos ó tribunales que no forman en rigor dentro del orden normal que constituye el poder judicial (5).

En Alemania el Consejo Federal no tiene atribuciones análogas á los Senados ó Cámaras Altas, pero todavía in-

---

(1) Demombynes, obra citada, t. I, páginas 11 y 12.
(2) Constitución, art. 1.º, sec. 2.ª, 5.
(3) Ibidem, art. 1.º, sec. 3.ª, 6 y 7. art. 2.º, sec. 4.ª, 1.
(4) Ley constitucional de 25 de Febrero de 1875, art. 12.
(5) Meyer, obra citada; Orlando, *Garantigie*, etc.

Digitized by Google

terviene en la resolución de conflictos entre Estados (1) y en otros casos especiales (2). Por otra parte, el Emperador es irresponsable. Además, la organización judicial del Imperio ha mantenido expresamente los tribunales administrativos particulares de los Estados confederados (3).

En España tenemos, en primer lugar, las facultades del Senado como tribunal que juzga la responsabilidad de los ministros, el Rey irresponsable (4), la jurisdicción contencioso-administrativa (5) y la previa licencia para procesar á los empleados públicos (6).

En todos los Estados hay, según en su lugar queda dicho, los privilegios de la inmunidad parlamentaria, que, interpretados abusivamente (cosa corriente en España), ponen real y verdaderamente fuera de la acción de la justicia á los miembros todos de ambas Cámaras.

8. No es posible, ni en rigor es del caso, detenerse aquí á fijar los detalles todos de la organización judicial, materia que en la división de las ramas del derecho tiene su disciplina científica especial. Realmente, en el derecho político y en el constitucional, deben sólo señalarse las condiciones esenciales del momento jurídico que lo *judicial* supone, para determinar su función en el organismo de las del Estado, y las bases políticas en que descansa la organización de la misma, como poder más ó menos reconocido é independiente del Estado, en la acción específica del Gobierno.

---

(1) Constitución, cap. XIII.
(2) Idem.
(3) Demombynes, obra citada, t. II, pág. 854
(4) Constitución, art. 48.
(5) Meyer y Posada, obra citada.
(6) Constitución, art. 77.

Digitized by Google

En las consideraciones hechas en la TEORÍA DEL ESTADO (lib. VI, cap. III), y en las que van expuestas en el presente capítulo, quedan indicados los fundamentos de la función judicial y los criterios imperantes en los derechos positivos políticos, respecto de la situación *constitucional y legal* de la *función de juzgar*. Con vista de ellas, se infiere: 1.°, su relativa dependencia en cuanto poder político; 2.°, su esfera de acción, que no se extiende sino á las relaciones ordinarias de la vida, en cuanto pueden éstas dar lugar á contiendas motivadas por conflictos de derecho (jurisdicción civil), ó por el desconocimiento del mismo (jurisdicción criminal), y las cuales exigen una declaración indiscutible é imperativa de las leyes, siempre teniendo presente las limitaciones que supone la existencia en Francia, Alemania y España de lo *contencioso-administrativo*.

9. Resta para completar lo que la exposición del derecho constitucional exige, fijar cómo se halla constituído el organismo judicial ordinario común, en sus líneas generales. En este punto debe señalarse: 1.°, la distinción fundamental de las dos jurisdicciones, civil y criminal, en todos los Estados, con la tendencia á especificarlas en su organización exterior, especificación que no impide la especialización interior dentro de la función general, de jurisdicciones de carácter particular (mercantil por ejemplo) que no impliquen fuero (como lo implica la militar, que forma organismo aparte); 2.°, la aceptación bastante general del criterio que entraña la tendencia á constituir los órganos judiciales corporativamente, extendiendo la acción de éstos por el territorio del Estado, mediante una adaptación geográfica de la función, y la formación de instancias ó sean grados ó categorías judiciales en relación con la impor-

Digitized by Google

tancia de los procesos, procurando por algún medio determinar la producción histórica de una *jurisprudencia* aclaratoria de la aplicación uniforme de las leyes.

10. Una brevísima indicación de los tipos, de jueces y Tribunales que hay en los cinco Estados, pondrá esto más de manifiesto (1).

En Inglaterra existe una organización judicial para Inglaterra y País de Gales, y otras distintas para Escocia é Irlanda. En Inglaterra hay, en primer lugar, los *tribunales de condado* (*County court*), compuestos de un juez único inamovible y circulante: á su lado subsisten los *judges of the peace* y los *tribunales de burgo* (*borough court*). Todos tienen el carácter de tribunales inferiores; con el de tribunales superiores hay el *Tribunal Supremo de Justicia* (*Supreme Court*), residente en Londres, compuesto de jueces inamovibles y dividido en *Alto Tribunal de Justicia* (*High Court of Justice*) y *Tribunal Supremo de Apelación*; el primero está subdividido en Cámaras, según su competencia, Cancillería, Banco de la Reina, y testamentos, divorcios y Almirantazgo; el segundo conoce de los recursos contra las sentencias de las diversas Cámaras ó Secciones del primero: contra sus decisiones y contra las de los tribunales análogos de Escocia é Irlanda, admítese en ciertas condiciones recursos ante la *Cámara de los Lores*, ó mejor ante el Lord Canciller con los *Lords of appeal in ordinary*. Hay además tribunales especiales, tales como el de quiebras, el de Lancaster, el de las minas de estaño, etc. En la organización judicial para lo criminal hay, como primer grado, los *jueces de*

(1) Véase Demombynes, obra citada.

Digitized by Google

paz, que juzgan, ya solos, ya en sesión con los jurados; hay los *Assises* (tribunales con jurados), el tribunal Central criminal de Londres, y el *Tribunal del Banco de la Reina*. En Escocia deben señalarse los *tribunales de sheriff*, los *tribunales de sesiones* (ambulantes). En Irlanda los *tribunales superiores del derecho común y de equidad*, la *Cámara del Echiquier* y el *Tribunal de Apelación*. Hay además la *Irish land commission*, con jurisdicción de apelación en las cuestiones de propiedad relacionadas con la aplicación de las leyes agrarias. En Escocia é Irlanda existe el Ministerio fiscal.

En los Estados Unidos hay *tribunales de distrito*, unipersonales y de *circuito*, cuya competencia en lo civil se diferencia por razón de la cuantía litigiosa. En la capital está el *Tribunal Superior* (federal), compuesto por el *Chief Justice*, presidente, y ocho magistrados. Juzga directamente en los asuntos determinados como de su competencia por la Constitución misma (1), ya en una instancia (casos concernientes á los embajadores, ministros públicos y cónsules, ó en aquellos en que sea parte un Estado), ya en apelación (casos en derecho y equidad, del Almirantazgo y jurisdicción marítima, cuestiones entre ciudadanos de diversos Estados, etc.) (2). Fuera de los casos de *impeachment*, todos los crímenes se juzgan ante el Jurado. El Jurado existe también para lo civil, siempre que el objeto litigioso exceda de 20 dollars.

En Francia presenta la organización judicial dos grados ó instancias y el recurso de casación. Cada *cantón* tiene su

(1) Constitución, art. 1.º, sec. 2.ª
(2) Idem.

Digitized by Google

juez de paz (de conciliación y de faltas). Cada *Arrondissment* tiene su *tribunal civil y correccional* (colegiado), que en ciertos casos obra con asistencia del Jurado. En las capitales de departamento, están los *tribunales de los Assises*, (colegiados), que proceden, con el auxilio de los jurados, en los crímenes, delitos de imprenta y políticos. Hay luego 26 *tribunales de apelación*, y por fin, el *Tribunal de Casación*. La jurisdicción mercantil cuenta con los *Consejos de prud'hommes*, electivos, y los *tribunales de comercio*. La jurisdicción administrativa, con los *Consejos de Prefectura*, *Tribunal de Cuentas y Consejo de Estado*. Esta jurisdicción, como ya dije, limita en un amplísimo campo la función judicial.

En Alemania, la organización judicial comprende dos instancias á más del recurso de casación. En los Estados existen el *Tribunal de Bailío* (inferior) y los compuestos por el juez del bailio y dos ciudadanos para los asuntos correccionales. En las provincias hay tribunales con sección civil y sección penal, y sección comercial donde es necesaria. Con los magistrados de estos tribunales se constituyen los del Jurado. Hay, además, tribunales superiores (*Oberlandesgericht*), y en el Estado donde hubiese varios, se puede constituir un *Tribunal Supremo*. Para todo el Imperio existe ya organizado el *Reichsgericht* (tribunal imperial), residente en Leipzig. Existen también tribunales de industria y una jurisdicción administrativa, fuerte y sólidamente constituída.

En España tenemos: 1.° Los jueces municipales. 2.° Los jueces de primera instancia civil é instrucción criminal (en los partidos judiciales). 3.° Las Audiencias provinciales de lo criminal con el Jurado. 4.° Las Audiencias territoriales

Digitized by Google

de lo civil y de lo criminal. 5.° El Tribunal Supremo de justicia. Además hay para la jurisdicción administrativa los tribunales provinciales, y el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo en el Consejo de Estado.

11. Las últimas consideraciones acerca del poder y funciones judiciales, se deben dedicar á señalar cierta particularidad del poder judicial de los Estados Unidos (1), que suscita un problema muy interesante respecto de la acción judicial frente á las decisiones del poder legislativo, cuando llegan éstas á tener una aplicación particular en los casos especiales de la vida. Orlando (2) lo ha formulado, preguntándose si cabe, en principio, recurso jurisdiccional contra los actos del poder legislativo (3); es decir, si puede oponerse el poder judicial á la aplicación de una ley por conceptuarla..... ¿injusta?..... no; ¿lesiva de un interés anterior? tampoco; meramente contraria á la Constitución. En los Estados Unidos la Constitución encuentra su garantía en la práctica de las leyes, en cuanto el poder judicial, entendiendo que una de éstas ha violado el precepto constitucional, tiene facultad para negarse á aplicarla. Seaman (4) estima esto como una de las causas ocasionales del desenvolvimiento de la libertad civil y de la Constitución en el Norte de América.

Ahora bien; ¿puede admitirse como cosa esencial esta atribución del poder judicial? Adviértase que no podemos

---

(1) Véase Burgess, obra citada, t. I, cap. I.

(2) *Garantigie*, etc., cap. II.

(3) Orlando en la obra citada, pág. 943 (Biblioteca Brunilati, vol. V), trae una nota bibliográfica del asunto muy completa.

(4) *Le Systeme du gouvernment americain*, traducción francesa, página 52.

Digitized by Google

tratar aquí la cuestión con todo detenimiento; pero aunque sea brevísimamente, conviene indicar, que al señalar tal facultad al poder judicial, se presupone la distinción entre la ley constitucional y la ley ordinaria, cosa que á su tiempo estimamos como puramente circunstancial é histórica; más aun, se presupone una Constitución escrita y de contestura federal, que puede invocarse como ley suprema, á cuyos preceptos fundamentales están sometidos los órganos oficiales y normales del Gobierno. En realidad, esta facultad atribuída al poder judicial, implica en el mismo una prerrogativa análoga en sus considerandos y en sus resultados, á las que se atribuyen por lo común á los jefes del Estado, para facilitar la acción unitaria del poder soberano. Lo expresaba bien Tocqueville: «Aquellos, decía, que se conceptúan perjudicados por la ley, ven en la decisión denegatoria del poder judicial, el medio para eludir su observancia; los litigios se multiplican y la ley se hace impotente, con lo cual acaece, al fin, una de estas dos cosas: ó que el pueblo cambia su Constitución, ó que las Asambleas legislativas derogan la ley» (1).

Considerada la cuestión en principio, la función judicial *no puede* oponerse á aplicar la ley, pues este no es su ministerio; la ley es preciso suponerla expresión de la conciencia del Estado en virtud de la soberanía que éste tiene; la ley que puede sufrir mil cambios lentos por la acción de la costumbre, que puede hasta caer en desuso como tal ley, sólo puede ser dejada sin efecto de uso expreso por el poder legislativo.

(1) *Democracia en América*, t. I.

Digitized by Google

CONCLUSIÓN.

1. Dirigiendo una rápida ojeada retrospectiva á todas las indagaciones de este tomo, á partir de la significación dada á las *Constituciones* modernas y de la definición del derecho constitucional, como derecho aplicado reflexivamente al Estado, y como expresión de la manera práctica y transitoria con que esta aplicación se hace en el Estado moderno, conviene, antes de dar por suspendida esta tarea, caracterizar sintéticamente cada uno de los derechos positivos examinados.

Tres cuestiones fundamentales deben recordarse al presente: 1.ª La forma con que el derecho constitucional se ofrece en cada uno de los cinco Estados. 2.ª La forma del Estado que cada uno realiza. Y 3.ª La forma de Gobierno bajo que cada uno vive.

2. El derecho constitucional en los cinco Estados, se nos ofrece como resultado tradicional de una evolución histórica, como fruto espontáneo del país, y por haberse formulado en parte en documentos solemnes y razonados, en Inglaterra, como derecho constitucional, que surge por influjo histórico directo de una tradición, pero que se consagra mediante declaraciones solemnes y se contiene en

Digitized by Google

fórmulas precisas, resultando á la larga estable y modificado por la acción predominante de la costumbre, en los Estados Unidos, y como derecho constitucional adaptado reflexivamente, que surge por la acción revolucionaria y se formula en documentos escritos y solemnes, en los otros tres países.

3. La forma del Estado se ofrece en los cinco pueblos con variantes que suponen un fondo, hasta cierto punto, común. Todos los cinco Estados son *representativos*, pero hay entre ellos diferencias: 1.ª, tocante á la pureza y radicalismo con que se aplican los principios de la representación como forma política; 2.ª, tocante á la organización interior de las fuerzas individuales y sociales que constituyen el Estado.

En el primer respecto, cabe distinguir el diverso criterio imperante acerca la soberanía. Hay Estados, donde interpretada la soberanía como soberanía popular (Estados Unidos y Francia), ó como soberanía del Estado (Inglaterra), el supuesto fundamental expreso ó tácito es que el poder reside en el todo social, representado por los elementos personales actuales, y que cuantos ejercen función política de Gobierno, la ejercen en representación del todo social mismo (el pueblo, la nación, el Estado). Hay Estados (Alemania y España) en los que, aun cuando el principio de la representación se acepta, *oficialmente* se conceptúa la soberanía como poder que reside en el todo social actual y en el Monarca (ó Emperador), que es elemento esencial del Estado por derecho propio, en virtud de título personal. Excusado es decir que los primeros Estados traducen más fielmente el ideal de la organización representativa.

Digitized by Google

En el otro respecto, pueden distinguirse tres tipos diferentes del Estado, en los cinco países. Inglaterra es el tipo del Estado orgánico, producto espontáneo de la historia, que cuenta como elementos de su vida interior los individuos en sí mismos (ciudadanos), y las corporaciones políticas que la historia ha producido. Inglaterra, en este respecto, tiene como forma del Estado el *Selfgovernment* histórico. Los Estados Unidos y Alemania son tipos de un *Selfgovernment* distinto, por el carácter federal de sus instituciones. En este punto, la forma de su Estado es la *federal*. Por fin, las vicisitudes por que han pasado Francia y España para ser *naciones*, han hecho que en ellas predomine el elemento individual y que el problema político no admita otros términos esenciales que los individuos y el Estado (nacional). En este respecto, la forma del Estado de estos dos países es la *centralización*.

4. En cuanto á la forma de Gobierno, las indagaciones hechas en este tomo vienen á confirmar las clasificaciones del último capítulo de la TEORÍA DEL ESTADO (lib. VII, capítulo III). En rigor, no cabe hacer una distinción capital entre los cinco Estados en este punto. Si atendiendo á uno de los órganos, ciertos Estados se diferencian, en cambio se asemejan considerando otros no menos importantes. Por esto, la distinción de los Estados en lo relativo á la forma de su Gobierno, es preciso hacerla considerando la cuestión bajo diferentes aspectos. Según el resultado de todas nuestras indagaciones, los Gobiernos de los cinco Estados son Monarquías (Inglaterra, Alemania y España), ó Repúblicas (Estados Unidos y Francia), según que el título en virtud del cual el Jefe del Estado ejerce su función, es *hereditario* ó *electivo*. Por otra parte, atendiendo á la ex-

Digitized by Google

tensión y carácter de los poderes oficiales de los Gobiernos, son éstos, ó *unitarios* (Inglaterra, Francia y España), ó *federales* (Estados Unidos y Alemania). Considerando la forma de Gobierno en atención á lo que el todo social influye expresamente en la formación de los poderes, y á lo que éstos obran en la esfera gubernativa, las formas de los cinco Estados son *representativas*. No hay ninguna que responda á los principios de la llamada democracia directa, en cuanto en ninguna tenemos la participación inmediata en el Gobierno de los ciudadanos. Por último, atendiendo al régimen total que resulta en la práctica de las relaciones constantes entre los diferentes órganos del poder, y en razón del que reviste uno cierta preeminencia más preponderante, los cinco Gobiernos son ó *parlamentarios*, de *Gabinete* ó *Ministerio* (Inglaterra, Francia y España), ó presidenciales representativos (Estados Unidos), ó monárquico-constitucionales (Alemania).

5. Definiendo ahora uno por uno, según todo lo expuesto, los cinco Estados cuyo estudio hemos verificado, cabe decir:

1.° Que Inglaterra tiene un derecho constitucional predominantemente consuetudinario é histórico, que su Estado es esencialmente representativo, según los principios orgánicos del *Selfgovernment*, con un Gobierno monárquico, unitario, cuyo régimen resulta parlamentario ó de Gabinete.

2.° Que los Estados Unidos tienen un derecho constitucional codificado; que su Estado es esencialmente representativo y federativo, con un Gobierno republicano (electivo) federal, cuyo régimen resulta presidencial, representativo.

3.° Que Francia tiene un derecho constitucional escrito,

Digitized by Google

legislado, no codificado; que su Estado es esencialmente representativo, centralizado, con un Gobierno republicano (electivo) unitario, cuyo régimen resulta parlamentario ó de Ministerio.

4.° Que Alemania tiene un derecho constitucional escrito, codificado; que su Estado es representativo, limitado por la significación del poder imperial, federativo, con un Gobierno monárquico, federal, cuyo régimen resulta meramente constitucional, no enteramente parlamentario; y

5.° Que España tiene un derecho constitucional escrito, codificado; que su Estado es doctrinario, unitario, con un Gobierno monárquico, centralizado, cuyo régimen resulta parlamentario ó de Gabinete.

Tal es, en breve resumen, lo que respecto de los cinco Estados que he tomado como tipos más característicos del Estado constitucional moderno, creo puede afirmarse en cuanto á su significación política particular. No creo necesario añadir más. El lector podrá ampliar el círculo de sus observaciones y el de los estudios comparativos, para completar el conocimiento de todas las variantes formales del derecho político moderno, en la GUÍA que, á guisa de apéndice de este tomo, se publica por separado.

Oviedo, 4 de Noviembre de 1893.

FIN.

Digitized by Google

Digitized by Google

ÍNDICE.

Páginas.

PRELIMINAR V

LIBRO PRIMERO.

EL DERECHO CONSTITUCIONAL.

CAPÍTULO PRIMERO. — *Idea general de las Constituciones políticas en los Estados modernos.*

1. Las Constituciones como formas políticas de los Estados modernos.—2. Qué es *Constitución.* Concepto amplio (definición de Aristóteles).—3. Concepto extricto (Romagnosi, Stein y otros).—4. Acepciones *políticas* de las Constituciones.—5. Significación especial de las mismas. *Parte dogmática.*—6. *Parte orgánica.*—7. Las Constituciones y el *Estado jurídico* 5

CAPÍTULO II.—*Los orígenes de las Constituciones escritas.*

1. Plantéase el problema.—2. La idea francesa del derecho político.—3. La Constitución escrita (opinión de Borgeaud). Roma. Edad Media.—4. Las colonias inglesas en América.—5. Los puritanos ingleses.—6. La primera Constitución escrita en Inglaterra. El instrumento de Gobierno.—7. América y las Constituciones escritas.—

Digitized by Google

Páginas.

8. Primeras Constituciones americanas.—9. Expansión del principio constitucional en América.—10. El constitucionalismo en Francia.—11. Cómo se verifica la expansión del principio constitucional.—12. Las Constituciones escritas en los diferentes pueblos. Estados alemanes. Suiza, España, Portugal, etc.—13. Italia, Grecia, Bélgica, etc. Imperios austro-húngaro y alemán.—14. El principio constitucional fuera de Europa. Estados americanos, etc..... 27

CAPÍTULO III.—*El concepto del derecho constitucional.*

1. Definición del derecho constitucional.—2. Derechos político y constitucional (Orlando).—3. Terminología del derecho político en Alemania.—4. Opiniones sobre el derecho constitucional (Casanova, Palma, Arcoleo, etc.). —5. Determinación de su concepto.—6. Sus aspectos.— 7. Porvenir del derecho constitucional.—8. El derecho constitucional en el derecho positivo.—9. Vaguedad é indeterminación del mismo.—10. Teoría de la Constitución inglesa. Doctrina de Dicey.—11. Crítica.—12. El derecho constitucional y las Constituciones escritas.— 13. Insuficiencia de los datos que éstas aportan.—14. Esfera jurídico-positiva del derecho constitucional..... 54

CAPÍTULO IV.—*Formación jurídica de las Constituciones. La costumbre.*

1. Aspectos de la cuestión.—2. Derecho político de un pueblo.—3. Generación del derecho.—4. Razón de plan. —5. La costumbre y el derecho constitucional. Cómo se ha tratado la cuestión (Savigny, Puchta, Mohl, etc.). —6. Importancia excepcional de la costumbre en el derecho político.—7. Fuerza y eficacia de la costumbre.—8. Cómo se manifiesta el influjo de ésta en el derecho constitucional: 1.°, en el tono general y carácter del Estado.—9. 2.°, en la práctica de la soberanía por los órganos del Estado. El régimen moderno bajo el impe-

Digitized by Google

Páginas.

rio de las costumbres y convenciones constitucionales. —10. Comparación de derechos constitucionales aparentemente iguales.—11. El derecho constitucional consuetudinario en Inglaterra, Alemania, Francia, Estados Unidos y España.—12. Proceso político de la costumbre. 81

CAPÍTULO V.—*Formación jurídica de las Constituciones. Las leyes.—La reforma constitucional.*

1. Las leyes.—2. Clasificación de las Constituciones desde el punto de vista de las costumbres y de la ley.—3. Ley constitucional y ordinaria. Si aquélla exige condiciones formales especiales.—4. Aspecto filosófico de la cuestión. Opiniones de Ahrens y de Bluntschli.—5. Discusión (Palma y Balbo).—6. Solución apetecible.—7. Aspecto circunstancial del problema. Variedad de soluciones.—8. Explicación general del carácter de las Constituciones y de su reforma.—9. Teoría de Bryce y de Dicey sobre la flexibilidad (*flexibility*) y la rigidez (*rigidity*) constitucional.—10. Constituciones flexibles.—11. Constituciones rígidas.—12. Supuestos de que se parte en las Constituciones rígidas.—13. La reforma constitucional.—14. El doctrinarismo en este punto.—15. Constituciones irreformables: la Constitución interna, etc.—16. La reforma constitucional en el derecho positivo de los principales Estados.—17. Primer grupo: La reforma constitucional en los Estados Unidos, en Bélgica y en Suiza.—18. Segundo grupo: Francia y Alemania.—19. Indicaciones generales respecto de la reforma constitucional en los países citados.—20. Tercer grupo: Reforma constitucional inglesa.—21. La reforma constitucional española.—22. Conclusión..... 100

CAPÍTULO VI.—*Plan del estudio del derecho constitucional comparado.*

1. Ojeada retrospectiva.—2. Propósito.—3. Selección de constituciones (Burgess) —4. La selección de Burgess

Digitized by Google

Páginas.

es para nosotros incompleta.—5. Bosquejo de las formas políticas realizadas por las cinco Constituciones elegidas. —6. Resultado apetecible de la presente investigación.— 7. Plan y procedimiento.—8. Las cuestiones fundamentales del derecho constitucional.—9. Nuestro punto de vista.—10. Las fuentes del derecho constitucional como antecedente de las investigaciones ulteriores.—11. Distribución de materias.—12. El método.—13. Aplicación.—14. Complemento de estos estudios..... 128

LIBRO II.

LAS FUENTES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL POSITIVO.

CAPÍTULO PRIMERO.—*Definición de las naciones contemporáneas como supuesto del derecho constitucional.*

1. Los pueblos de que tratamos, ¿son verdaderas naciones? —2. Presentan los caracteres ostensibles de la nación.— 3. Determinación de los caracteres de la nación á partir de los elementos físico y humano.—4. Unidades territoriales y naciones.—5. Consideración de Inglaterra, Francia, Alemania, España y Estados Unidos, en el aspecto geográfico.—6. Las mismas naciones en el respecto humano (etnografía).—7. Examen comparativo.—8. Los lazos psicológicos.—9. Aspecto político social.—10. La capacidad jurídica nacional..... 143

CAPÍTULO II.—*Determinación de las fuentes del derecho constitucional positivo.*

1. Propósito al estudiar las fuentes.—2. Límites del mismo. —3. Cuestiones que abarca el problema.—4. Orden que debe seguirse en el estudio de los derechos constitucionales positivos..... 162

Digitized by Google

Páginas.

CAPÍTULO III.—*La Constitución inglesa.*

1. Definición previa.—2. La Constitución inglesa según Boutmy.—Su originalidad.—3. Punto de partida histórico del derecho constitucional inglés.—4. La Constitución actual. El *Bill* de reforma de 1832.—5. Determinación de las fuentes del derecho constitucional actual. Ideas generales.—6. Clasificaciones (Dicey, Dupriez).—7. Boutmy.—8. Examen del contenido de las diferentes fuentes. Los *Tratados* y *Cuasitratados*.—9. El *Common Law*.—10. Los *Pactos*.—11. Los Estatutos.—12. Conclusiones acerca de la Constitución inglesa..... 168

CAPÍTULO IV.—*La Constitución de los Estados Unidos.*

1. Carácter general de esta Constitución, derivado de su forma.—2. Explicación de su naturaleza especial.—3. Opinión de Bryce. Contrastes.—4. Las dificultades de la Constitución.—5. Maneras de estudiarla (Boutmy y Bryce).—6. Formación histórica de la Constitución y del Estado.—7. Los períodos colonial, revolucionario y constitucional.—8. Una opinión de *The Federalist* sobre la estructura de la Constitución.—9. El punto de partida.—10. De las fuentes y de su valor respectivo.—11. Examen de cada una. La Constitución federal.—12. Las Constituciones de los Estados.—13. El derecho consuetudinario.—14. Conclusiones sobre el carácter propio de la Constitución norteamericana (Tocqueville, Webster, Gladstone, Bryce)..... 192

CAPÍTULO V.—*El derecho constitucional en Francia.*

1. El derecho constitucional francés y el inglés.—2. Los antecedentes del primero (Tocqueville, Taine, Boutmy).—3. Influjos que provocan y producen el constitucionalismo francés: el neoclasicismo. Montesquieu, Rousseau, la Revolución americana.—4. Resultados de tales

Digitized by Google

Páginas.

influjos.—5. Principios fundamentales de este derecho político.—6. Los diferentes períodos del derecho constitucional francés.—7. Punto de partida del vigente.—8. Determinación de las fuentes.—9. Conclusión..... 218

CAPÍTULO VI.—*La Constitución alemana.*

1. Dificultades de este estudio.—2. Sus problemas capitales.—3. Discusión sobre el *Estado federal.* La obra de Brie.—4. Doctrina del Estado federal en Alemania, sus orígenes (Hugo y Puffendorff).—5. Desarrollo ulterior de la doctrina.—6. Discusión de la naturaleza del Estado federal con relación al Imperio alemán (Seydel, Laband, Schulze, Waitz.....).—7. Necesidad de resolver el problema para determinar la condición política de la Constitución imperial.—8. El Imperio como Estado federal.—9. El *constitucionalismo puro.*—10. Formación histórica del derecho constitucional.—11. Índole del desenvolvimiento histórico de Alemania.—12. Del Sacro Romano Imperio.—13. Etapas de la formación histórica.—14. El derecho constitucional vigente. El Imperio actual.—15. Las fuentes.—16. Conclusión..... 247

CAPÍTULO VII.—*El derecho constitucional en España.*

Artículo primero.—Los orígenes.

1. El derecho constitucional español y el francés.—2. Circunstancias en que se inicia el régimen constitucional en España.—3. La Constitución de Bayona (1808).—4. El derecho constitucional á partir de 1812. Épocas y fechas.—5. La iniciación nacional del régimen representativo. Constitución de 1812. Problema que entraña.—6. Examen del discurso preliminar de la Constitución para fijar el propósito de los legisladores de Cádiz.—7. Contradicción entre el propósito y los resultados.—8. Contenido y extensión de la Constitución de 1812.—

Digitized by Google

Páginas.

9. Su espíritu. El antiguo derecho y el derecho constitucional de este Código.—10. Juicio de la Constitución de Cádiz..... 275

Artículo II.—El desenvolvimiento histórico.

1. Límites del propósito.—2. La tendencia dominante en el desenvolvimiento histórico.—3. Los términos de la lucha en el reinado de Fernando VII. Absolutismo y régimen constitucional.—4. La cuestión dinástica.—5. Período de transición (El Estatuto Real).—6. Constitución de 1837.—7. Comparación con la de 1845 para fijar su respectiva significación.—8. Afirmación común del régimen constitucional.—9. Constitución de 1856 y reformas posteriores.—10. Revolución de 1868.—11. Constitución de 1869.—12. La monarquía de D. Amadeo y la República de 1873. Significación política de estas dos tentativas..... 293

Artículo III.—Fuentes del derecho actual.

1. El punto de partida.—2. Alcance y significado de la Restauración borbónica y de la Regencia.—3. Las fuentes. Criterio.—4. Clasificación de las fuentes é indicación de su importancia. La costumbre. El Parlamento.—5. El derecho legislado.—6. Constitución y leyes políticas.—7. Conclusión..... 309

LIBRO III.

DEL PRINCIPIO DE LA SOBERANÍA

EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL ACTUAL.

CAPÍTULO PRIMERO.—*Idea previa del Estado moderno.*

1. Razón del plan.—2. La idea del Estado moderno.—3. Dos políticas (antigua y moderna).—4. Afirmaciones

Digitized by Google

Páginas.

históricas parciales de los pueblos tocante á la idea moderna del Estado—5. Inglaterra y el *Selfgovernment.*—6. Los Estados Unidos: los poderes amovibles y la democracia.—7. Francia y la *Declaración de derechos del hombre.*—8. Alemania y el *Rechtsstaat.*—9. España y la afirmación de las *nacionalidades.*—10. Síntesis del concepto. Limitaciones con que aún se realiza el ideal del Estado..... 323

CAPÍTULO II.—*La Constitución inglesa y la soberanía del Estado.*

1. Términos del problema de la soberanía en los actuales tiempos.—2. El problema de la soberanía en Inglaterra.—3. Manifestación latente y no expresa del poder político.—4. Quién se reputa el soberano.—5. El ejercicio normal de la soberanía y los órganos del poder.—6. Significación de éstos.—7. Decisión suprema del poder. Órgano que la impone..... 336

CAPÍTULO III.—*La soberanía popular y el Estado federal. Estados Unidos.*

1. Dificultades provinientes del carácter federal de la Constitución norteamericana.—2. Perplejidades y confusión reinante (Boutmy, Noailles, C. Janet, Sumner Maine).—3. Ideas de la soberanía y del Estado de que hay que partir.—4. Distingos que cabe establecer.—5. Condiciones, objeto y carácter del Estado federal norteamericano (opinión de Dicey).—6. Consecuencias. El Estado federal indisoluble.—7. La soberanía de la Unión y la de los Estados (opinión de Cooley).—8. Soberanía del pueblo (opiniones diversas).—9. Sentido dominante en la Constitución.—10. Atenuaciones de la soberanía del pueblo en la práctica..... 346

Digitized by Google

Páginas.

CAPÍTULO IV.—*La soberanía en el derecho constitucional francés.—Soberanía popular y soberanía nacional.*

1. Facilidad relativa del problema de la soberanía en Francia.—2. Precedentes en el derecho constitucional. Conclusiones.—3. Afirmaciones dogmáticas de la Revolución.—4. Eclipses y confirmaciones del principio de la soberanía popular.—5. La soberanía y las leyes constitucionales de 1875.—6. Soberanía de la nación ó soberanía popular.—7. ¿De qué soberanía se trata en el derecho francés?..... 361

CAPÍTULO V.—*La soberanía en la Constitución alemana.*

1. Constitución norteamericana y alemana. Diferencias.—2. Investigación de quién es el soberano. Lo aparente en la Constitución alemana atendiendo á su origen (opinión de Lebón).—3. Los poderes federales.—4. Rectificación de la apariencia. Condiciones reales de las instituciones.—5. Análisis de la Constitución.—6. El Consejo Federal.—7. El Emperador.—8. El *Reichstag*.—9. El soberano en el ejercicio de los poderes federales.—10. Los verdaderos términos del problema.—11. Resumen..... 371

CAPÍTULO VI.—*Doctrina de la soberanía implícita en la Constitución española.—Apreciación práctica de la misma.*

1. El concepto legal sobre la residencia de la soberanía.—2. Cómo se formó la Constitución.—3. Alcance que en nuestro derecho tiene la intervención de las Cortes y del Rey en la Constitución.—4. El Preámbulo de la Constitución de 1876.—5. Complemento del derecho escrito.—6. Conclusión..... 384

Resultados comparativos de las soluciones positivas del problema de la soberanía..... 390

Digitized by Google

Páginas.

LIBRO IV.

LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD
Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL.

CAPÍTULO PRIMERO.—*Ideas generales acerca de los derechos de la personalidad.*

1. Indeterminación actual de esta teoría. Manera equivocada de plantearla (Orlando, Sansonetti, Lieber y Burgess).—2. Los derechos de la personalidad y la teoría de la libertad.—3. Explicación del empleo de términos impropios al exponer esta teoría.—4. Rectificaciones necesarias (Dicey y Woolsey).—5. Explicación de la teoría de que se trata.—6. Aspecto político de la cuestión.—7. Cómo y con qué carácter se producen en el régimen constitucional los derechos de la personalidad..... 397

CAPÍTULO II.—*Las declaraciones de derechos.*

1. Las Constituciones y los derechos de la personalidad en la historia del derecho constitucional.—2. Índole especial de las declaraciones de derechos inglesas.—3. Consideraciones sobre las mismas (Boutmy).—4. Las declaraciones de derechos americanas. Su alcance y significación (Boutmy y P. Janet).—5. Antecedentes: Declaración de independencia. Declaraciones de derechos de los Estados, etc. Opinión de Jefferson.—6. La evolución histórica de la declaración de derechos.—7. La declaración de derechos francesa..... 406

CAPÍTULO III.—*Los derechos de la personalidad en las Constituciones vigentes.*

1. Criterios varios.—2. Determinación del contenido de los derechos de la personalidad en las Constituciones. Crí-

Digitized by Google

Páginas.

tica de la opinión de Burgess.—3. Criterio dominante en las legislaciones.—4. Objetos reconocidos como contenido de los derechos de la personalidad.—5. Las Constituciones: Consideración constitucional de estos derechos y extensión legal de los mismos.—6. Inglaterra.—7. Estados Unidos.—8. Alemania.—9. España.—10. El título I de la Constitución.—11. Complementos. Declaración de deberes.—12. Suspensión de las *garantías* constitucionales.—13. Legislaciones.—14. Consideración del sistema de garantías. Opiniones de Burgess sobre este punto.—15. El derecho de insurrección.—16. Apreciación crítica del contenido *legal* de los derechos de la personalidad. Aspiraciones á rectificarlo (el socialismo).... 419

LIBRO V.

LA ORGANIZACIÓN DEL ESTADO CONSTITUCIONAL.

CAPÍTULO PRIMERO.—*Criterio general y base de la organización del Estado.*

1. Cómo suele tratarse este asunto.—2. Cómo debe tratarse.—3. Tratadistas é historiadores.—4. Supuestos de que se parte.—5. El carácter *representativo* del Estado constitucional.—6. Consecuencias.—7. El Estado como interés común de toda la sociedad.—8. Elaboración de procedimientos y medios para condensar y dirigir la fuerzas políticas.—9. Los Estados y la opinión pública. 447

CAPÍTULO II.—*La opinión pública.*

1. La opinión pública y los Gobiernos. Ideas de Bryce.—2. La opinión pública y la política moderna.—3. La opinión pública en los diversos Estados.—4. Su valor é importancia. Apreciación comparativa (Inglaterra, Estados Unidos, Francia, etc., etc.)—5. Composición de la opi-

Digitized by Google

Páginas.

nión pública.—6. Indicaciones acerca de este punto en los Estados citados.—7. Complejidad de la opinión pública..... 456

CAPÍTULO III.—*Formación y organización de la opinión pública.*

1. Medios de elaboración y órganos de manifestación de la opinión pública.—2. Idea general. La publicidad (Röder).—3. Medios de formación y á la vez de manifestación.—4. Indicación de los mismos.—5. Órganos específicos de la opinión pública..... 466

CAPÍTULO IV.—*Reuniones públicas, asociaciones y prensa política.*

1. Importancia de estos *medios* antes y ahora.—2. Caracteres especiales de estos medios en el Estado moderno. *Hacer político* que suponen.—3. Las constituciones y el empleo de estos medios.—4. Criterios con arreglo á los cuales se organiza su empleo.—5. Confusiones que cabe señalar.—6. Idea general de las reuniones.—7. Política comparada.—8. Las asociaciones.—9. Examen comparativo.—10. Prensa política. Opiniones del Sr. Azcárate: condiciones de la prensa.—11. Cómo se revelan éstas en la prensa de los diversos Estados.—12. Libertad de la prensa. Laveleye..... 470

CAPÍTULO V.—*Los partidos políticos.*

1. Ideas generales.—2. Política que *hacen* los partidos.—3. ¿Son característicos del Estado constitucional? (Azcárate).—4. ¿Lo son del régimen representativo? Argumentos que pueden hacerse sobre el carácter permanente ó temporal de los partidos políticos. Objeciones (Lord Brougham). Opiniones de Minghetti.—5. Los partidos en el Estado moderno (Macaulay, Grey...).—6. Necesidad de exponer la teoría de los partidos.—7. Na-

Digitized by Google

Páginas.

turaleza de éstos. Bluntschli.—8. Su misión.—9. Su variedad.—10. Teoría de Stahl.—11. Teoría de Röhmer y de Bluntschli.—12. Teoría de Azcárate.—13. Estado actual de los partidos políticos.—14. Inglaterra.—15. Estados Unidos.—16. Francia.—17. Alemania.—18. España. 492

CAPÍTULO VI.—*El sufragio.*

1. Idea del sufragio político.—2. El sufragio como función. Criterio para estimarlo.—3. El deber del sufragio.—4. Concepto reinante acerca del sufragio.—5. Sus funciones.—6. La *Landsgemeinde* (cantones suizos).—7. La iniciativa y el *Referendum* (Suiza).—8 Función más universal del sufragio. La elección de funcionarios.—9. Funcionarios que se designan por elección. Derecho positivo.—10. Extensión del sufragio.—11. Soluciones legislativas.—12. Forma de emisión del voto (voto público y secreto, voto igual ó múltiple, directo ó indirecto, valor del voto).—13. Distribución territorial del sufragio. (Distritos, lista, colegio único).—Las leyes en este punto.—14. Organización política del sufragio (criterio de las mayorías ó representación de las minorías; sistemas). Indicaciones legislativas.—15. Procedimiento electoral.—Sus propósitos y condiciones..... 510

LIBRO VI.

ORGANIZACIÓN DEL GOBIERNO.

CAPÍTULO PRIMERO.—*Ojeada general y plan.*

1. Advertencia previa acerca del contenido de este LIBRO.—2. Fundamento del Gobierno. La representación.—3. Elementos individual y corporativo.—4. Reconocimiento del primero en los diversos países (Cámaras populares).—5. El elemento corporativo y la organización de

Digitized by Google

Páginas.

las Asambleas en los Estados.—6. Instituciones de derecho constitucional comunes.—7. Funciones comunes.—8. Plan..... 535

CAPÍTULO II.—*La función legislativa.—Las Asambleas.*

1. Órgano principal de la función legislativa.—2. Sistema adoptado (las dos Cámaras).—3. Inglaterra: Cámara de los *Lores* y de los *Comunes*.—4. Estados Unidos: Senado y Cámara de los Representantes.—5. Francia: Senado y Cámara de los Diputados.—6. Alemania: *Bundesrath* y *Reichstag*.—7. España: Senado y Congreso.—8. Ojeada comparativa.—9. Carácter del cargo de representante en las Cámaras.—10. Indemnizaciones.—11. Condiciones del cargo.—12. Incompatibilidades.—13. El juramento.—14. Facultades legislativas de las Asambleas.—15. Facultades respectivas de cada Asamblea.—16. Fuera de la legislación.—17. Constitución de las Asambleas. Reglamento interior y Presidencia.—18. Manera de legislar. Iniciativa.—19. Procedimiento de las tres lecturas y de las secciones.—20. Votaciones y *Quorum*.—21. Las leyes y las dos Asambleas..... 544

CAPÍTULO III.—*Participación de otros órganos del poder del Estado en la función legislativa.*

1. Elaboración pública de la ley.—2. Órganos del Gobierno que participan en la función legislativa.—3. Participación indirecta en la misma del Jefe del Estado.—4. Criterio reinante en las legislaciones acerca de la convocatoria, reunión, suspensión y disolución de las Asambleas. Inglaterra.—5. Alemania.—6. España.—7. Francia.—8. Estados Unidos.—9. Advertencia relativa á la reforma constitucional.—10. Participación directa del Jefe del Estado y del Poder ejecutivo en la legislación.—11. La iniciativa, veto y sanción y promulgación. Inglaterra y España (veto absoluto).—12. La iniciativa y el veto del Emperador de Alemania.—13. Francia y Estados

Digitized by Google

Páginas.

Unidos (veto suspensivo).—14. Consideración especial del veto en este último Estado.—15. Iniciativa, veto y reforma constitucional.—16. Intervención directa del Jefe del Estado en la *elaboración* de las leyes. Los Ministros en Francia, en España y en Inglaterra.—17. Alemania y Estados Unidos..... 565

CAPÍTULO IV.—*La función ejecutiva.—El Jefe del Estado. Los Ministros.*

1. Dificultad del asunto.—2. Doctrina corriente acerca del Poder ejecutivo.—3. La confirman las Constituciones.—4. Organización del Poder ejecutivo (Jefe del Estado) en las diferentes naciones.—5. Sistema hereditario (Inglaterra, Alemania y España).—6. Sistema electivo (Francia y Estados Unidos).—7. Los Ministros.—8. Los Ministros y el Jefe del Estado.—9. Distinción orgánica.—10. Distinción esencial de las funciones atribuídas al Jefe del Estado y al Poder ejecutivo. El Ministerio ó Gabinete.—11. El Jefe del Estado, el Ministerio y las Asambleas..... 579

CAPÍTULO V.—*La función judicial.*

1. Reconocimiento general de la función judicial.—2. Tendencia á considerarla como un *Poder del Estado*.—3. Dificultades que se oponen á esta tendencia.—4. Explicación de las mismas.—5. Dependencia en que vive el poder judicial.—6. Rectificación parcial de la misma. (Inamovilidad de los jueces. Los jurados.)—7. Limitación de la esfera judicial del Poder constituído. (Los Senados como Tribunales. La jurisdicción administrativa.)—8. Propósito presente.—9. Constitución del organismo judicial. Ideas generales.—10. Breve noticia de la organización judicial en los cinco Estados.—11. El poder judicial y la aplicación de las leyes en relación con la Constitución (Estados Unidos)..... 594

Digitized by Google

Páginas.

CONCLUSIÓN.

1. Ojeada retrospectiva sobre el *derecho constitucional*.—2. El derecho constitucional de los cinco Estados.—3. Características respectivas de la *forma del Estado* en Inglaterra, Estados Unidos, Francia, Alemania y España.—4. Las *formas de Gobierno*. Puntos de vista para clasificarlas.—5. Definición de la *forma de Gobierno* en cada uno de los Estados antes citados..... 609

Digitized by Google

LIBRERÍA DE VICTORIANO SUÁREZ

PRECIADOS, 48, MADRID.

García Alvarez.—Nociones razonadas de literatura técnica ó arte literario. San Sebastián, 1892; un tomo, 7 ptas.

Lastres.—Conferencias populares sobre el nuevo Código civil, pronunciadas en el círculo de la Unión Mercantil de Madrid. 1889; un tomo en 4.°, 3 ptas.

Muñoz y Rivero.—Manual de Paleografía diplomática española de los siglos XII al XVII. Método teórico-práctico para aprender á leer los documentos españoles de los siglos XII al XVII. Un tomo en 4.°, 15 ptas.

— Nociones de diplomática española. Reseña sumaria de los caracteres que distinguen los documentos anteriores al siglo XVII, auténticos, de los que son falsos ó sospechosos. Madrid, 1881; un tomo en 8.°, con una lámina que representa la clase de *letra*, signaturas y firmas, signo rodado, sellos, chrismon, 2 ptas.

— Chrestomathia Palaeographica. Scripturae hispanae veteris specimina, collegit. Scriptura chartarum. Un tomo en 8.°, 5 pesetas.

Retortillo.—Vocabulario del derecho internacional público. Ensayo para vulgarizar la nomenclatura y principales conceptos de dicha ciencia, por el Dr. D. Alfonso Retortillo y Tornos, Profesor auxiliar, por concurso, de la facultad de Derecho en la Universidad Central. Precedido de un prólogo del Excelentísimo Sr. Dr. D. F. J. Castejón y Elío, Marqués del Vadillo, Catedrático en la Universidad. Madrid, 1893; un tomo en 8.°, 2 pesetas.

Ruidíaz y Caravia (D. Eugenio).—La Florida: su conquista y colonización, por Pedro Menéndez de Avilés. Madrid, 1893; dos lujosos tomos en 4.°, 20 pesetas.

Tarde.—La criminalidad comparada; traducción, prólogo y notas de Adolfo Posada. Madrid, 1893; un tomo en 8.°, 3 ptas.

— El duelo y el delito político. Madrid, 1893; 3 ptas.

— Estudios penales y sociales. Madrid, 1893; un tomo en 8.°, 3 pesetas.

— Las transformaciones del Derecho. Madrid, 1893; un tomo en 8.°, 6 ptas.

Digitized by Google

GUÍA

PARA EL ESTUDIO Y APLICACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL DE EUROPA Y AMÉRICA

POR

ADOLFO POSADA

Profesor en la Universidad de Oviedo.

La Guía formará un volumen de más de cien páginas y será el necesario complemento del Tratado de Derecho político. Por sí sola servirá para orientarse en el estudio del derecho constitucional en los Estados modernos, así como para enterarse fácilmente de las soluciones dadas por las distintas constituciones escritas á los más importantes problemas de Derecho político.

He aquí las partes que comprenderá este libro:

1.° El texto de los principales documentos constitucionales ingleses, de las leyes constitucionales de Francia, y de las constituciones de los Estados Unidos y de Alemania, en español. El texto de la constitución vigente en España.

2.° Indicación de las constituciones vigentes en los Estados modernos.

3.° Cuestiones de derecho constitucional y soluciones legislativas con referencia al articulado de las constituciones vigentes.

4.° *Guía especial bibliográfica*, convenientemente clasificada y ordenada.

La Guía estará á la venta en el mes de Marzo de 1894.

Digitized by Google

$1.75
RKF

Digitized by Google

PAUL R. CARR, LTD.
Oriental and Linguistic Booksellers
WARWICK, N.Y., U.S.A.

Digitized by Google